

ADRIANA BARONI SANTI

RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA - CONSIDERAÇÕES SOBRE A
LIBERDADE DE CONTRATAR

Trabalho apresentado para o Exame de Qualificação no PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO da Universidade Presbiteriana Mackenzie, na área de concentração de Direito Econômico, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientadora: Professora Dra. Juliana Abrusio Florêncio.

São Paulo, 17 de abril de 2022

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da Mackenzie
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S235r

Santi-barstad, Adriana Baroni

A RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA - CONSIDERAÇÕES
SOBRE A LIBERDADE DE CONTRATAR [recurso eletrônico] / Adriana
Baroni - Santi-barstad.

838 KB ; il.

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2022.

Orientador(a): Prof(a). Dr(a). Juliana Abrusio Florencio

Referências Bibliográficas: f. 103 -106

1. Direito Civil. 2. Teoria Geral dos Contratos. 3. Autonomia da
Vontade e Liberdade de Contratar. 4. Função Econômica e Social dos
Contratos. 5. boa fé Objetiva. I. Florencio, Juliana Abrusio,
orientador(a).II. Título.

Bibliotecário Responsável: Aline Amarante Pereira - CRB 8/9549

ADRIANA BARONI SANTI-BARSTAD

RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA – CONSIDERAÇÕES SOBRE A
LIBERDADE DE CONTRATAR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Senso em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção de título de Mestre em Direito Econômico.

Aprovada em 17 de maio de 2022.

BANCA EXAMINADORA



Prof.ª Dr.ª Juliana Abrusio Florêncio
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Vicente Bagnoli
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof.ª Dr.ª Vanessa Jiménez Serranía
Universitat Oberta de Catalunya

AGRADECIMENTOS

Para ser verdadeira e totalmente justa, muitas seriam pessoas que precisaria mencionar nominalmente, de sorte que registro meu sentimento de gratidão a todos aqueles com quem, em algum momento, tive oportunidade de interagir, ouvir, debater, compartilhar e, espero, melhorar ao longo de toda a caminhada, até concluir este projeto. Mesmo correndo o risco de não mencionar o nome de todos os que tanto me ajudaram ou de não dimensionar adequadamente as contribuições que recebi, agradeço primeira e imensamente à minha família, ao suporte e paciência de meu marido e filhos, que souberam tolerar esse momento e compreender minha ausência em tantas ocasiões. Agradeço também à minha irmã Andrea, que assumiu a coordenação do trabalho para o espanhol, tendo-o feito com muita dedicação e carinho.

Agradeço à incrível Professora Juliana Abrusio Florêncio, que assumiu minha orientação com o trabalho já em andamento, e que, em todos os momentos, ofereceu apoio integral, compreensão, generosidade, energia contagiante e uma força incrível. Juliana obrigada pela experiência e pela oportunidade.

Ao Professor Vicente Bagnoli agradeço os excelentes debates e provocações durante os dois semestres em que participei de suas aulas e em que pude vê-lo oferecendo sempre uma nova perspectiva e nos convidando a pensar sob um novo enfoque, antes não explorado. Tê-lo como parte da banca foi uma forma de dizer e agradecer o quanto apreciei as disciplinas que cursei sob sua orientação.

À Professora Vanessa Jiménez Serranía, agradeço por ter aceito a tarefa de integrar este projeto, que tanto valor tem para mim, e pelas serenas e valiosas observações durante a qualificação.

RESUMO

A extensão da autonomia privada na moderna sociedade é um tema que interessa tanto àqueles que discutem os limites à liberdade de contratar, quanto aqueles envolvidos em discussões sobre direitos individuais, sob a ótica política e sociológica. E sua importância não pode ser subestimada, visto que seu contorno integra o conjunto de definições, institutos e conceitos que formam a estrutura básica de uma sociedade.

A liberdade de contratar, no que interessa à teoria geral dos contratos, passou por longa evolução, vendo-se hoje delimitada pela necessidade de convivência com outros valores e princípios igualmente caros à sociedade. A vulnerabilidade de certos grupos ao poder de suas respectivas contrapartes, que ganhou enorme evidência durante o Século XX, como nas relações consumeristas, amplamente massificadas e agora expostas a uma economia globalizada, nos contratos de adesão, nas relações laborais e, até, em relações locatícias, levou à revisão da força da autonomia privada como fundamento único das relações contratuais. Some-se a este panorama a necessidade da proteção à concorrência, ao meio ambiente, à efetividade de políticas públicas e, por fim, o que se convencionou chamar de constitucionalização do direito civil, por meio da qual valores e princípios fundamentais do ser humano insculpidos na norma constitucional passaram a impor-se às relações privadas, com forte impacto sobre a teoria geral dos contratos.

Na origem, o Código Civil brasileiro de 1916, fortemente influenciado pelos trabalhos realizados por juristas alemães e franceses, que resultaram na elaboração de seus respectivos Códigos no final do século XIX, incorporou os conceitos da teoria liberal, predominante à época, tendo a vontade como elemento validador do pacto celebrado.

Em 2002, o Brasil promulga um novo Código Civil, que, à semelhança da Constituição de 1988, adota o uso das chamadas cláusulas abertas e princípios abstratos, inserindo no ordenamento jurídico brasileiro, como norma positivada, os princípios da boa-fé, da função social do contrato e do equilíbrio econômico-financeiro. A autonomia privada vê-se com seus contornos reduzidos, o que gerou grande debate no meio jurídico, com algumas vozes afirmando haver hoje um novo paradigma para os contratos.

Entendemos não haver uma nova estrutura de contratos, a despeito das importantes mudanças introduzidas em 1988, pela Constituição Federal, e em 2002, pelo Código Civil. A constitucionalização do direito civil e a codificação de princípios gerais aos quais os contratos se sujeitam inauguram um debate bastante complexo e relevante, onde o equilíbrio deve imperar, sob pena de se extinguir ou comprometer de forma indesejada um instituto tão relevante como o contrato para a dinâmica da moderna sociedade. Desta forma, o objetivo do presente trabalho é o de propor uma reflexão sobre o desenvolvimento e atuais limitações impostas à liberdade de contratar, sobre a extensão que se pode conferir à vontade no direito brasileiro, e sobre o impacto da positividade da boa-fé, da função social e do equilíbrio econômico-financeiro trazidos pelo Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Direito Civil. Teoria Geral dos Contratos. Autonomia da vontade. Liberdade de Contratar. Função econômica dos contratos. Função social dos contratos. Boa-fé objetiva.

ABSTRACT

The bounds of the will in modern society are an attracting subject for those interested in discussing the limits to the freedom of contract, as much as to those involved in discussions about civil rights, under a political and sociological perspective. Its relevance cannot be underestimated, since its confines is part of the group of definitions, institutes and concepts that forma a basic structure of a society.

The freedom to enter commitments, in what regards the general theory of contracts, has been through an extensive development and is currently circumscribed by the need to live together with other values and principles that are also very precious to the society. The vulnerability of certain groups to the power of their relevant contracting parties, which came into light during the twentieth century, such as in the relations involving consumers, contracts of adhesion, labor arrangements and even in lease agreements led to a review of the power of the private autonomy as the only ground for the contractual relations. In addition to this context, it came into place the need for the protection to competition, to the environment, to the effectiveness of the public policies and, at last, what has been called as the process of constitutionalizing the civil rights, through which values and fundamental principles of human being introduced in the constitutional norm overcame the private relations, with a powerful impact on the general theory of contracts.

In the origins, the Brazilian Civil Code of 1916, heavily influenced by the work developed by the German and French jurists, which resulted in their Codes of the end of the nineteenth century, embodied the concepts of the then prevailing liberal theory, having the will as the validating element of the agreement undertaken.

In 2002, Brazil enacts a new Civil Code, which, just like the Federal Constitution of 1988, adopts the so-called opened provisions and abstract principles, inserting in the Brazilian legal system as a positive norm the principles of good-faith, social role of the contract and financial and economic balance of the arrangement. The boundary around the will is then restricted, which led to a large debate in the legal world, with some arguing that there is a new paradigm for the contracts.

We understand there is no new structure of contracts, notwithstanding the important changes brought by the 1988 Federal Constitution and by the 2002 Civil Code. The process of constitutionalizing the civil rights and the insertion of general principles into the code to which the contracts are subject to open a very complex and important debate, where balance shall prevail, under the risk of extinguishing or compromise in an undesirable way an institute as relevant as the contract of the dynamic of the modern society. In view of that, the purpose of this work is to suggest some consideration about the development and current restrictions imposed on freedom of contract, the extension to be conferred to will under Brazilian law, and on the impact of the turning of the principles of good-faith, social role of the contract and financial and economic balance of the arrangement into positive norms by the 2002 Civil Code.

Keywords: Civil law. General Theory of Contracts. Will Autonomy. Freedom of Contract. Economic role of contracts. Social role of contracts. Good faith.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – A TRAJETÓRIA DO DIREITO CIVIL	18
1.1 Do Direito Romano ao Direito Civil Continental Europeu – Algumas Notas Históricas	18
1.2 Origens do Código de 1916	23
CAPÍTULO II – UM NOVO PANORAMA	29
2.1. A Constituição de 1988.....	29
2.2. O Neopositivismo	29
2.3. A Constitucionalização do Direito Civil.....	36
2.4. A Ordem Econômica Brasileira.....	40
CAPÍTULO III - O CÓDIGO CIVIL DE 2002	45
3.1. A base do novo diploma	45
3.2. O princípio da eticidade e a historicidade do primeiro Código.....	47
3.3. O princípio da socialidade	50
3.4. O princípio da operabilidade.....	52
3.5. A boa-fé.....	53
3.6. A função social do contrato	59
3.7. O equilíbrio econômico-financeiro.....	63
3.8. A cláusula penal.....	78
CAPÍTULO IV – LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA	81
CAPÍTULO V – O ORDENAMENTO JURÍDICO COMO SISTEMA	86
5.1. A vontade no direito brasileiro	86
5.2. A necessária unidade do ordenamento	88
5.3. O custo da imprevisibilidade.	92
CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102

INTRODUÇÃO

Os contratos são instrumentos centrais à organização econômica, que se desenvolve por meio de inúmeras relações de trocas e relações de mercado, todas elas fundadas em pactos, quer escritos quer não escritos, quer de execução imediata quer de execução dilatada no tempo. Sua preservação e claro delineamento são de fundamental importância à segurança jurídica e, por consequência, à eficiência da ordem econômica e social.

Para os juristas, a discussão em torno do instituto vem de longa data e, no direito brasileiro, tem suas raízes atreladas ao Direito Romano, passando por longa evolução, incluindo sistematizações que não estavam presentes no Código de Justiniano, até que no Século XIX são promulgados os Códigos Civis francês (1804), italiano (1865), e alemão (em desenvolvimento desde 1881, mas se tornando efetivo em 1900), que tanto influenciaram o Código Civil brasileiro de 1916, especialmente o alemão.

Do ponto de vista da teoria econômica, a análise dos contratos ganha relevância no início do século XX, a partir da obra de Ronald H. Coase, (2017, p. 34), para quem o sistema da livre formação de preços pode ser substituído e, a rigor, superado, pela organização empresarial, pela atuação coordenada dos agentes, que acaba por gerar um intercâmbio econômico mais eficiente. A existência da empresa, coordenando trocas ao amparo de regras e contratos, tende a reduzir a incerteza dos agentes econômicos e, conseqüentemente, dos custos intrínsecos a cada intercâmbio, contribuindo de forma direta para o incremento do volume e qualidade das trocas, dos investimentos, da capacidade produtiva e, conseqüentemente, dos níveis de transações na economia¹.

Qualquer que seja o olhar – jurídico ou econômico – o fato é que o contrato é central na organização social e no desenvolvimento da vida econômica de qualquer nação. Na moderna economia, onde direitos e bens intangíveis adquiriram inegável relevância, em especial por conta do desenvolvimento tecnológico e sua exploração, o contrato tem ainda maior

¹ Ainda no campo da doutrina econômica, Oliver Hart e Bengt Holmstrom: *“In one sense, contracts provide the foundation for a large part of economic analysis. Any trade – as a quid pro quo – must be mediated by some form of contract, whether it be explicit or implicit. In the case of spot trades, however, where the two sides of the transaction occur almost simultaneously, the contractual element is usually down-played, presumably because it is regarded as trivial (although this need not be the case – see Part III). In recent years, economists have become much more interested in long-term relationships where a considerable amount of time may elapse between the quid and the quo. In these circumstances, a contract becomes an essential part of the trading relationship.”* HART, Oliver e HOLMSTROM, Bengt. *The Theory of Contracts*. Working Paper Department of Economics. Massachusetts Institute of Technology. 50 Memorial Drive. Cambridge, Mass. 02139. March 1986. Number 418. Digitized by the Internet Archive in 2011 with funding from Boston Library Consortium Member Libraries.

importância, visto que a transmissão da propriedade desses ativos (direitos e bens intangíveis) escapa à tradicional forma da *traditio*, característica dos bens tangíveis. O contrato, nos tempos atuais, não só promove a circulação da riqueza, mas também a cria.

No direito brasileiro, o dilema que se impõe decorre do fato de que a Constituição Federal contempla uma ordem econômica baseada na propriedade privada e na livre iniciativa, sob um regime econômico da descentralização dos meios de produção, ao mesmo tempo em que eleva os direitos fundamentais do ser humano à categoria de norma constitucional. Cria-se, desta forma, um desafio à coexistência entre, de um lado, o caráter distributivo das relações que se pode inferir a partir da ideia de Estado social e, de outro, o caráter retributivo no qual se funda o Código Civil de 2002, não obstante a positivação dos princípios da boa-fé, função social do contrato e equilíbrio econômico-financeiro².

A Constituição Federal de 1988 é fruto do que o jurista italiano Norberto Bobbio denominou “A Era dos Direitos” (BOBBIO, 1992); no século XX, a visão social, do conjunto, ganha corpo, reduzindo, conseqüentemente, a amplitude daquela visão e força do caráter individual do final do século anterior.

O Código Civil de 2002, promulgado já sob a égide da nova norma constitucional, foi fruto de mais de duas décadas de trabalhos e discussões, tendo sido influenciado pela visão social e coletiva que ganhou destaque na Constituinte, sem abandonar, a nosso ver, a ideia retributiva característica do instituto desde seu surgimento.

Ao falar sobre a promulgação do Código de 2002, Miguel Reale, que atuou como Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, elencou o que considerava serem os princípios fundamentais sob os quais o novo texto foi concebido – a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Nesse sentido, portanto, é inegável que o Código Civil de 2002 tenha se aliado à vertente social incorporada pela Constituição Federal de 1988, assim como, à semelhança da norma máxima, tenha optado pela atribuição de alargado poder ao intérprete do direito, a partir da adoção de cláusulas gerais, depositárias de valores abstratos.

² A construção vem de PERLIGIENRI, Pietro. p. 252-253. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Livraria Editora Renovar Ltda. 2008.

Houve um importante avanço proporcionado pela modernização do Código Civil de 1916, com sua adaptação às modernas e complexas estruturas e relações sociais e econômicas, atenta à padronização e massificação dos contratos; à necessidade de proteção às relações de consumo, de trabalho e locatícias; à importância do fortalecimento de políticas públicas, voltadas à estruturação e sistematização das relações sociais; à cada vez maior necessidade de proteger o meio ambiente e regular a concorrência, não para impedir o livre exercício da atividade econômica, mas para atribuir-lhe maior eficiência e impedir inequidades ou abusos.

Mas a compreensão e aplicação dos critérios encampados pela Constituição brasileira não será imparcial se delas não se afastarem posições ideológicas ou preferências políticas. O Estado solidário e social previsto na Constituição brasileira é o Estado cujas forças de produção são descentralizadas, incumbidas, em grande escala, à iniciativa privada, diferentemente do Estado socialista, que opera a partir de uma economia centralizada, tendo o próprio Estado como vértice. A distinção não é meramente teórica ou política; é de fundamental importância para a discussão jurídica em torno da estrutura dos contratos na moderna sociedade brasileira e na moderna legislação, com bem alerta Pietro Perlingieri (2008; p. 250-256).

A evolução dos direitos sociais, assim como a revolução nas relações sociais e econômicas, não é incompatível com o instituto do contrato tal como ele se desenvolveu no Brasil desde a sua origem. O contrato e, portanto, a autonomia privada, permanece como instituto integrante da estrutura básica da sociedade. Nem a Constituição nem a reforma do Código Civil eliminaram sua existência. Há, inegavelmente, um plano constitucional a ser cumprido e o direito contratual tem que ser visto e interpretado como ferramenta daquele plano maior, mas não pode haver uma total descaracterização do instituto.

O desafio de interpretar o Código Civil não pode significar reescrevê-lo por meio do judiciário. Sob o atraente (mas vulnerável) argumento da incindibilidade do direito e da moral, corre-se o risco de substituir o legislador, ao invés de promover a integração ou construção onde há, eventualmente, lacunas ou, até mesmo, contradições. A intervenção do magistrado no plano contratual desenhado por partes autônomas, em relações igualitárias, deve ocorrer onde e se houver necessidade, segundo os princípios e normas vigentes, e não onde for razoável, preferível ou para fazer incidir a ideologia ou conveniência do julgador.

Os novos parâmetros sociais erigidos e consolidados ao longo do século XX e abraçados pela Constituição de 1988 levam a mudanças no modo de operar e tratar os contratos; mas é preciso equilíbrio e ponderação na árdua tarefa de conciliar os ditames constitucionais e os preceitos contidos no Código Civil de 2002; é preciso manter a unidade do sistema jurídico.

É o alerta que Eros Roberto Grau nos faz no prefácio que escreveu para o livro de PERLINGIERI: “... é indispensável sabermos quando a legalidade parece sucumbir aos *neopositivismos*, às ‘insídias’ da análise econômica do direito, como outrora pareceu vergar-se ao *direito alternativo*. Aprendemos que equidade e razoabilidade – e proporcionalidade, digo eu – só podem ser deduzidas em relação ao ordenamento, não sobrevivem à margem da Constituição e da lei, não devem nos submeter ao arbítrio de juízes.”³

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder, citando PERLINGIERI⁴: “... se ao intérprete é inevitável fazer escolhas, é sua responsabilidade assumi-las expressamente, não como forma de libertá-lo do direito institucionalizado, mas exatamente para permitir o debate argumentativo acerca de sua adequação ao ordenamento.”

A adoção de princípios fundamentais, tais como da dignidade humana, solidariedade e cooperação, somada à inserção de cláusulas abertas no Código Civil, representadas pelos princípios da boa-fé, função social do contrato e equilíbrio econômico-financeiro, têm o efeito de transferir do legislador para o julgador um grande poder acerca dos comportamentos esperados e dos incentivos ou desincentivos que se pretende patrocinar em relações privadas.

E este movimento é compreensível, visto que a lei, em sua linguagem genérica, se aplicada de forma literal, tenderá a ignorar particularidades da situação sob julgamento, ora ignorando elemento da maior importância, ora valorizando um aspecto que, no caso sob análise, não tem a menor relevância. A lei, em sua generalidade, não é capaz de alcançar todas as situações e detalhes que podem surgir da realidade. Aplicar o direito é, antes de mais nada, aplicar o direito ao caso concreto. O rigor positivista não sobreviveu à constante mutabilidade das relações sociais. O excessivo formalismo foi revisto, não para negar o direito, mas para permitir sua necessária evolução. Mas a necessidade e a capacidade do direito de evoluir juntamente com a sociedade não podem significar que existirá uma lei para cada caso apreciado.

³ PERLINGIERI, Pietro. *ob. cit.* Prefácio.

⁴ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do Direito Civil. Volume 3. Contratos. 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense Ltda. 2021. p. 32-33.

A existência de um conjunto de normas e regras reconhecidos pela comunidade como aplicáveis e exigíveis é essencial à organização desta sociedade; a previsibilidade acerca da norma em vigor, de suas causas e seus efeitos, constitui peça fundamental na motivação de cada agente em agir conforme se espera e, principalmente, de tomar decisões com base no que acredita ser tutelado ou não tutelado pelo ordenamento jurídico. A tutela da confiança é um valor de grande relevância para a funcionalidade do direito e para a estabilidade social.

A adoção de cláusulas abertas – presentes tanto na Constituição quanto no Código Civil – impactou a dinâmica dos contratos. Passa-se de uma era voluntarista, para uma era em que o Estado intervém nas relações privadas, no que se convencionou chamar de dirigismo contratual, o que, a nosso ver, deve ter uma aplicação comedida, para não correremos o risco de relativizar a importância da liberdade e do direito da autotutela em face do poder e força de um discurso de bem comum e constituição social.

Não se pode esquecer que o apelo às cláusulas abertas é também uma decisão sobre a alocação de poder entre os poderes da República. Fortalece-se o judiciário para dizer a lei no caso concreto; mas o conteúdo da lei, em um Estado democrático, só pode ter origem no legislativo, na assembleia constituinte, por membros eleitos pela população, cabendo ao judiciário o papel de guardião, não de legislador. Por isso vemos com preocupação as ponderações de Georghio Tomelin quando afirma:

“Assim, desde logo é necessário problematizar a visão clássica da tripartição para, a partir dela, reconstruir doutrinariamente o modelo que se deve aplicar sobre a estruturação estatal. E tentaremos demonstrar que estamos hoje organizados por um Estado Jurislador, no qual a equação original da segurança jurídica pautada na tripartição foi totalmente alterada” (2018; p. 43)⁵

Reconhecemos a enorme evolução ocorrida na construção e aplicação do Direito nas últimas décadas, mas essa transposição de poderes é justamente o risco que se corre com o recurso a tal técnica legislativa; há benefícios na sua adoção, mas os riscos devem ser evitados, sob pena de desvirtuarem a estrutura de organização social e a unidade do ordenamento jurídico.

⁵ Mais adiante, TOMELIN acrescenta: *“O conceito de Estado Constitucional com Tripartição de Funções pode hoje, portanto, ser lido como Estado Jurislador, na condição de Estado de Direito cujas balizas são, dia após dia, maiormente extraídas da ciência jurídica. O fato de que há proeminência ou protagonismo dos tribunais, na leitura dos institutos do direito, deixa de ser um mal em si, se a cúpula do Judiciário for adequada a tal realidade.”* (2018; p. 45-46).

O novo ambiente proporcionado pela ascensão do Estado social e solidário ao patamar de norma constitucional não pode significar a demonização da autonomia privada. As codificações do final do Século XIX abraçaram a ideia porque, naquele momento, o fortalecimento da vontade e da autonomia dava significado à dignidade humana, da mesma forma que hoje se acredita que tal objetivo será atingido por meio do Estado social. O Estado liberal, que tanto privilegiou a autonomia privada, também era um Estado que buscava reduzir desigualdades, que se rebelou contra o paternalismo e viu na liberdade de contratar uma expressão de sua autonomia. Não se pode esquecer que a liberdade é atributo fundamental da dignidade humana.

A vontade como fundamento do contrato não foi concebida para gerar iniquidades. Acreditou-se que, por meio dela, as relações seriam paritárias e equânimes, embora a história tenha produzido um resultado diverso. Patrick S Atiyah, em ensaio sobre contratos (2001; p.355-385), recorda que o movimento de luta pela liberdade de contratar foi, do ponto de vista político, um movimento da esquerda, contrariamente ao que se verifica hoje em dia, em que Estado liberal e a vontade são intrinsecamente associados a grupos de direita, com ideais não necessariamente democráticos.

O declínio da autonomia privada se deu pela constatação prática de que a igualdade nas relações – pressuposto fundamental do instituto – mostrou-se meramente formal, incapaz de atingir seu objetivo principal que era o de promover relações igualitárias. A autonomia privada não é contrária à igualdade; o que ocorreu é que ela não se mostrou autossuficiente. Sob a ótica do final do Século XIX, por meio da liberdade de contratar, a justiça e a equivalência das prestações seriam sempre obtidas, visto que ninguém, agindo de forma consciente e verdadeiramente livre, com o mesmo poder de barganha de sua contraparte, assumiria obrigações ou aceitaria uma contraprestação que considerasse iníqua.

O problema é que o exercício pleno da autonomia privada, assim entendida a livre e igualitária negociação, não se mostrou real. Basta pensar em relações de consumo, de trabalho, de adesão, entre outras, para constatar que os termos assumidos pelas partes decorrem da hipossuficiência e da vulnerabilidade de uma delas ao poder da outra, motivo pelo qual devem ser tuteladas pela legislação e pelo Estado. Não há expressão plena da vontade; há, isto sim, exercício de poder econômico, muitas vezes abusivo.

Embora seja impossível não reconhecer a necessidade de tutela nesses casos, não se pode esquecer que tal motivação – necessidade de se proteger a hipossuficiência e a vulnerabilidade – tem caráter eminentemente paternalista, devendo ser empregado com precisão, nas situações e contextos que o demandam, sem contaminar toda a economia e todas as relações contratuais, indistintamente, com um viés assistencialista, que só tem o condão de legar mais necessidade de assistencialismo para as próximas gerações, diferentemente do que se depreende do plano constitucional de construção de uma sociedade justa e igualitária.

Daí porque resistimos ao alvoroço, às vezes manifestado em tom apologético, ao dirigismo contratual. A constitucionalização do direito civil e a positivação de princípios gerais pelo código têm que trazer como resultado uma evolução no padrão de civilidade da sociedade, tal como concebido por um Estado democrático de direito, devendo-se ter muito cuidado com inclinações paternalistas em excesso, ainda mais na América Latina, tão familiarizada com líderes populistas ou mesmo totalitários. Não se pode banalizar a importância, para a sobrevivência da democracia, do equilíbrio entre os poderes, e o grau de poder conferido ao Poder Judiciário para decidir relações contratuais é parte integrante desta discussão, até porque intimamente ligado à segurança jurídica.

O contrato não deixou de existir nem se tornou incompatível com a moderna e incrivelmente padronizada estrutura das relações de trabalho e consumo, em uma sociedade preocupada com o coletivo; ajustes eram necessários na operacionalidade de contratos, em especial nos casos em que presentes a adesão ou alguma forma de hipossuficiência ou presunção de manifestação de vontade ou, ainda, nos casos em que o contrato entre partes gera externalidades negativas que afetam terceiros ou toda uma comunidade, como no caso de pactos lesivos à concorrência ou ao meio ambiente. Em tais circunstâncias, deve mesmo ser admitida uma nova forma de interpretação do contrato, mas entendemos que sua instrumentalidade e finalidade continuam a servir e a ser necessárias ao eficiente e complexo sistema de troca ou criação de riquezas.

Os contratos são instrumentos de autorregulação que, mesmo sujeitos e limitados pelos parâmetros constitucionais e legais, não podem deixar de oferecer previsibilidade às partes contratantes, em especial nas situações em que estão envolvidos agentes com poder de barganha comparável e em que não se verificam externalidades negativas.

Não se pretende criticar os fins pretendidos pelo legislador 2002. O que se busca é propor uma reflexão sobre a extensão das alterações introduzidas na codificação brasileira, com a introdução de normas gerais, combinadas com a transferência de parte do poder de decidir sobre o equilíbrio das transações para um magistrado, subtraindo do agente econômico, naqueles casos que envolvem atores com sofisticação técnica, dotados de informações e ferramentas necessárias para tomar uma decisão, em condições paritárias de contratação, o poder de decidir sobre alguns importantes contornos do negócio realizado.

A liberdade de contratar, tanto quanto a função social da propriedade, tem respaldo e força de comando constitucional. O equilíbrio, a convivência entre tais princípios, é de fundamental importância para o bom funcionamento da ordem econômica. A segurança jurídica está enraizada na estrutura de um Estado democrático de Direito, de forma que é necessário ponderar, com serenidade, sobre a extensão que deve ser conferida ao Código Civil de 2002, não para lhe negar eficiência ou plenitude, mas para permitir o seu encaixe harmônico na ordem constitucional, assecuratória de princípios sociais. Fragilizar o contrato como instituto, tornando-o mera referência ou indicativo de vontade das partes contratantes, abre margem para a sua descaracterização, o que não parece ter sido o objetivo do legislador de 2002, tampouco da assembleia constituinte.

Toda ordem econômica fundada na propriedade, com fatores de produção detidos e explorados de forma descentralizada pela iniciativa privada, como é a economia brasileira por força do comando constitucional, depende da existência e do bom funcionamento de uma teoria dos contratos. O Código Civil de 2002 manteve princípios e conceitos da lógica retributiva, mesmo tendo sido promulgado sob o manto da Constituição de 1988, mais afeta à justiça distributiva. Esta foi a construção e a opção do legislador, de forma que cabe aos operadores e intérpretes do direito manejarem o instituto do contrato com a consciência desse fenômeno, e de forma a manter a unidade do ordenamento, sem a indesejável descaracterização de institutos.

Se a Constituição brasileira propõe que a justiça social e a igualdade sejam conquistadas por meio do reconhecimento da propriedade privada e de uma economia de livre mercado, é porque o plano constitucional propõe, como bem elucidado por John Rawls (2001; p. 137), que a titularidade dos bens de produção e os recursos humanos (assim entendido o ser humano estudado e treinado) sejam cada vez mais dispersos e as oportunidades sejam cada vez mais igualitárias. Não se trata de distribuir para muitos a renda produzida por poucos; trata-se de distribuir para muitos a propriedade sobre os meios de produção e o conhecimento gerador de

riqueza, intervindo, onde e sempre que necessário, para assegurar valores e direitos fundamentais (como dignidade, saúde, educação e liberdade), mas construindo condições para a perenização da igualdade e sustentação da estrutura social.

Se olharmos a Constituição brasileira sob esta ótica, e mesmo reconhecendo o enorme desafio que ela oferece do ponto de vista prático, quiçá utópico, não temos dúvida de que os institutos de direito privado, dentre eles o contrato, são ferramentas indispensáveis à consecução do objetivo constitucional, parecendo-nos um erro descaracterizá-lo por meio do excesso de intervencionismo e indiscriminada reconstrução de seus termos. Não há justiça ou igualdade se não há segurança jurídica. Não há ordenamento jurídico sólido se não há confiança nos institutos ou na forma em que o Estado aplica o direito. A autonomia privada foi indubitavelmente relativizada; mas não foi extinta e sua preservação é essencial à organização econômica e social.

Para promover o desenvolvimento das ideias acima resumidas, iniciaremos com um breve resgate sobre a evolução do direito romano até os dias atuais, visto ser ele a matriz teórica da legislação brasileira, para, na sequência, nos determos nas origens e construção do Código Civil de 1916, menos pelo interesse histórico e muito mais para evidenciar o porquê consideramos equivocada a demonização da autonomia privada e o motivo pelo qual a consideramos fundamental no atual desenho do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002.

Na sequência, examinaremos os panoramas e conceitos trazidos pela carta constitucional e pelo diploma do início do Século XXI, em especial por conta da absorção, pelo direito brasileiro, do chamado neopositivismo, e da constitucionalização do Direito Civil, que tanto impacto causou no direito brasileiro, e da necessidade de se compreender o Código Civil como engrenagem para viabilizar o plano constitucional, mantendo-se a unidade do ordenamento jurídico, fundamental à segurança jurídica, sem esquecer do esforço empreendido pelo legislador em 2019 ao promulgar a chamada Lei de Liberdade Econômica. Nesta tarefa, exploraremos cada um dos princípios positivados pelo diploma de 2002 – a boa-fé, a função social do contrato e o equilíbrio econômico-financeiro.

Feito isso, resgataremos a sobrevivência, em inúmeros dispositivos, da vontade no direito civil brasileiro, que revela não somente o equívoco representado pela demonização da autonomia privada, como também oferece ferramentas para encontrarmos no Código Civil a

instrumentalidade necessária ao fim constitucional.

No capítulo seguinte, abordaremos o tema da relativização da autonomia privada e da constitucionalização do Direito Civil sob a ótica da segurança jurídica, da relevância da previsibilidade para a organização social e para os regimes democráticos, após o que apresentaremos nossa conclusão.

CAPÍTULO I – A TRAJETÓRIA DO DIREITO CIVIL

1.1 Do Direito Romano ao Direito Civil Continental Europeu – Algumas Notas Históricas

Em seu livro de Introdução ao Direito Civil, Orlando Gomes, ao discursar sobre os elementos que concorreram para a formação do direito civil moderno, cita o Direito Romano, o Direito Canônico, os usos e costumes comerciais da Idade Média e, ainda, o Direito Germânico, fortemente influenciado pelo Direito Romano, e cuja codificação impactou diversas outras codificações no Ocidente, mais até que o Código Francês de 1804 (2016; p. 41-48).

Enzo Roppo, por sua vez, afirma que as primeiras construções em torno da teoria do contrato devem ser atribuídas aos jusnaturalistas do século XVII, em particular, ao holandês Grotius (2009, p. 25).

Já o inglês ATIYAH, que escreve sob a ótica da *common law*, sugere que o aparato conceitual sobre a teoria do contrato é uma herança do século XIX, uma combinação de teorias econômicas, do utilitarismo de Jeremy Bentham, dos ideais do Estado liberal e da própria lei (2001, p. 11). ATIYAH faz, igualmente, referência ao jurista holandês Hugo Grotius e aos juristas da escola natural, para quem as promessas são vinculantes pela sua natureza; isto é, a força vinculante seria inerente às promessas, embora houvesse aqueles que sustentassem que a simples existência das promessas não seria, *per se*, suficiente para lhe atribuir efeito vinculante (visto que isso significaria criar responsabilidade por indenizar uma mera expectativa), devendo ser investigada a existência de outros elementos, como uma troca ou benefício (1985; p.140-141).

James Russell Gordley e Arthur Taylor von Mehren⁶ relatam que, da obra do Imperador Justiniano, dividida em Digesto ou Pandectas, Institutos, e as Novelas ou Autênticas, a primeira delas – Digesto (ou Pandectas) – é a mais relevante na história do direito ocidental, tendo sido

⁶ GORDLEY, James Russell e VON MEHREN, Arthur Taylor. The Civil Law System. Second Edition. United States of America. Little, Brown and Company (Inc.). 1977. pág. 6 e 7

introduzida na Europa ocidental em 544, assumindo maior relevância ao final do Século XI, quando o estudo do Direito Romano foi retomado nas universidades italianas (a primeira delas Bolonha, com Irnerius)⁷, após o que, com o rápido aumento do comércio, fez-se necessária uma nova legislação, que pudesse proporcionar, do ponto de vista político, uma centralização organizada do poder, e, do ponto de vista econômico, técnicas legislativas aptas a darem suporte ao desenvolvimento do comércio⁸.

Assim, a partir das aulas de Irnerius em Bolonha, teve início o estudo sistematizado do direito romano na Europa ocidental, que se seguiu com o importante trabalho dos Glossadores que, no Século XIII foram sucedidos pelos pós-Glossadores. Por meio de seu trabalho, os pós-Glossadores foram além do *Corpus Juris Civilis*, para incluir o direito canônico e os estudos conduzidos no Século XIII, por teólogos e filósofos, que se propuseram a realizar um estudo sistematizado de Aristóteles, o que os levou a confrontar vários dos problemas enfrentados pelo Direito Canônico e pelo Direito Civil.

A evolução foi lenta e o direito romano passou de teoria acadêmica a lei na Itália por volta de 1200, sendo posteriormente recepcionado pelos franceses e alemães, cada um a seu tempo e modo, o mesmo não ocorrendo com as cortes inglesas, que nunca o recepcionaram.

Apesar da longa lista de eventos e datas que culminaram com a promulgação dos Códigos Civil francês e alemão no Século XIX, o importante testemunho trazido pela produção de GORDLEY reside na sistematização ocorrida no século XVI e início do século XVII, pelo trabalho de um pequeno grupo de juristas e teólogos concentrados na Espanha (escolásticos ou escola espanhola de direito natural), que, antecedendo os jusnaturalistas, se propuseram a encontrar uma síntese entre os textos romanos e a teologia moral de Tomás de Aquino e a

⁷ Idem. p. 7.

⁸ Curiosamente, embora o Digesto seja uma das fontes mais relevantes para a evolução do direito de origem romanística nos países ocidentais, ele consistia em uma compilação de escritos de grandes juristas romanos acerca de soluções dadas a casos hipotéticos ou reais, traço muito mais característico da escola *common law* do que da tradição civilista. GORDLEY e VON MEHREN citam em nota de rodapé obra (à qual não tivemos acesso) de F. Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law* (1950): "... *The extracts from the classical jurists which form the Digest are almost all comments on the words of enactments or solutions of actual or hypothetical cases, supported at best by only so much reasoning as will connect them with other cases or with acknowledged principles of law. The Digest is, in fact, so far as its contents go, not at all unlike the digests of case law which are so familiar a feature of the Common Law on both sides of the Atlantic and of the Pacific. It is, however, not only casuistical in method, but extraordinarily ill-arranged. The titles, which are the main units, are in an order appropriate to a system of remedies existing in the classical period but hardly intelligible to the lawyers of Justinian's day, and not at all to those of the Middle Ages. It is very much as if we still arranged our legal encyclopaedias according to the order of the old Register of Writs. Within each title, the order of the extracts [footnote omitted] gives little or no help to the student in search of his law....*".

filosofia de Aristóteles. Com isso, construíram um sistema doutrinário fundado em princípios esboçados pelo frade italiano e por Aristóteles (cuja filosofia Tomas de Aquino abraçou), que incluíam investigações sobre a virtude inerente ao cumprimento de uma promessa, à existência ou não de justiça comutativa no pacto, se a relação era de troca ou ato de liberalidade, qual era o fim, o propósito perseguido pelo arranjo.

Na construção de suas ideias, essa escola de juristas partiu de ideais de virtude, equidade e justiça distributiva e justiça comutativa presentes na obra de Aristóteles. Por essa razão é que desenvolveram ideias como troca equitativa, indenização por quebra da promessa/contrato e enriquecimento injusto; o conceito de contrato não poderia proporcionar uma troca que não fosse comutativa, nem gerar indenização para quem não tivesse sofrido dano, nem permitir que uma parte obtivesse ganho em detrimento e a partir do injusto empobrecimento da outra parte; era essencial, segundo essa teoria, atentar-se para o fim pretendido⁹.

Clovis V. do Couto e Silva, mesmo sem fazer referência ao trabalho da escola espanhola, afirma na introdução de seu livro, em nota de rodapé, que: “O fim constitui num dos elementos mais fecundos para a sistematização jurídica. Um dos grandes méritos da recepção do pensamento aristotélico no Ocidente foi o de proporcionar a conciliação de diferentes passagens do *Corpus Iuris*. E, entre os muitos conceitos transmitidos pela filosofia aristotélica, certamente um dos mais utilizados foi o de causa, notadamente a *finalis*. A causa *finalis*, embora causa *causarum*, era extrínseca ao ato jurídico, resultando longa série de disquisições sobre como separá-la da meramente impulsiva, pois esta última não dava margem a uma *condiction*. Já em Baldo, porém, a finalidade é havida como intrínseca em certas hipóteses: ‘de natura actus, videtur tacite actum ab utraque parte’ (Glossa *Conditionem*, ao C. 4, 6, 7 – apud Söllner, *Die causa in Kondiktionen und Vertragsrecht des Mittelalters*, 1958, p.62)^{10 e 11}.

No século XIX, os juristas alemães, adotando o Direito Romano como referência, dedicaram-se a construir um sistema doutrinário pretensamente perfeito e o fizeram

⁹ Esses são conceitos chave que estariam, segundo o autor em questão, na origem da sistematização do Direito Romano e das decisões das cortes inglesas ocorrida no século XVI. GORDLEY cita como líderes dessa escola Domingo de Soto (1494-1560), Luis de Molina (1535-1600) e Leonardo Lessius (1554-1623) (2007; p. 9).

¹⁰ COUTO e SILVA, Clóvis V. do, *A Obrigação como Processo*. 1ª edição. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2011.

¹¹ As ideias semeadas por aquele grupo de juristas espanhóis teriam influenciado juristas como Hugo Grotius (citado por Enzo Roppo), Samuel Pufendorf (citado por Patrick S. Atiyah) e Jean Barbeyrac, nos séculos XVII e XVIII. Os trabalhos desse novo grupo de juristas viriam a influenciar, por sua vez, a doutrina de Jean Domat e Robert Pothier, cujo pensamento está na base do Código Civil francês.

redesenhando o sistema que haviam herdado do século anterior, até que em 1900 entra em vigor o Código Civil alemão, que enorme influência exerceu sobre o direito civil no Ocidente, elegendo a “vontade” como pressuposto de validade; não a vontade no sentido consentimento mútuo, como expressão da liberdade e da autonomia privada (pois isso, obviamente, é inerente ao contrato), mas a vontade como justificadora do instituto, fundamento de sua validade e, até mesmo, de sua justiça. O contrato é justo, exequível pela (simples) razão que decorre da manifestação de vontade das partes; a equidade é presumida pela existência do consentimento mútuo.

Esse foi o pressuposto do século XIX. Não que se possa conceber um contrato sem que a vontade o tenha gerado. Mas, no momento em que essa vontade justifica e se transforma em fundamento primeiro do instituto, o contrato se sustenta pelo fato de refletir um encontro de vontades, conceito que se alinhava e encontrava fértil terreno no surgimento e fortalecimento da economia e do Estado liberal, dispensando, ao que parece, investigações quanto à equidade ou justiça na relação de troca que nasce entre as partes, que deveriam ser presumidas pela existência do consentimento.

Robert J. Pothier, jurista do século XVIII, cujo trabalho foi em grande parte incorporado ao Código Civil francês, afirma que no direito francês o contrato não pode ser definido tal como o fizeram os intérpretes do Direito Romano. Um contrato, afirma POTHIER, é uma convenção pela qual duas partes prometem e se obrigam uma para com a outra a dar alguma coisa ou a fazer ou a não fazer tal coisa (2001; pág. 31).

O contrato, neste sentido, é uma das causas das obrigações, mas não a única. Ao seu lado, estão os quase-contratos, caracterizados pelo ato de uma pessoa que gera uma obrigação vinculante, sem que tenha havido uma convenção entre partes, os delitos e os quase-delitos.

Nos contratos, indica POTHIER, o consentimento é a fonte da obrigação; já nos quase-contratos, não há consentimento, mas há um ato que, por força de lei ou da equidade, produz uma obrigação. No delito, o ato de uma pessoa causa danos a outrem, enquanto no quase-delito o ato causador do dano é causado por imprudência, mas não com dolo ou intenção.

Essa distinção entre fontes da obrigação – consentimento, nos contratos, e ação, nas demais – é crucial para a análise das consequências geradas por cada uma delas. POTHIER trabalhou, sem dúvida, sobre preceitos romanos, mas o fez incorporando as ideias de A. Smith do *laisser faire* do Estado liberal, cujos ideais foram, de certa forma, criticados pelos

reformadores do Código Civil brasileiro de 2002.

Com outras palavras, mas no mesmo sentido, escrevem GORDLEY e VON MEHREN em obra já citada e dedicada ao sistema civilista de direito. Para esses autores, em um país cuja economia e determinação sobre os bens de produção não estão centralizadas nas mãos do Estado, caberá aos particulares a coordenação acerca da produção, distribuição e alocação dos recursos e bens disponíveis na sociedade, ainda que sujeitos a políticas públicas. Neste ambiente, há dois grandes grupos de relações: as relações por meio das quais uma parte interfere ou afeta a esfera privada de outro, sem que tenha havido coordenação ou consenso (relações *ex delictu*), e as relações por meio das quais as partes transferem, de forma voluntária, recursos da esfera privada de um indivíduo para a esfera privada de outro indivíduo, exercendo, com isso, o poder de planejar e administrar seus bens e direitos (relações *ex contractu*). Esses dois grandes grupos de relações suscitam diferentes problemas e, naturalmente, diferentes soluções¹².

GORDLEY e VON MEHREN citam, ainda, um terceiro grupo de situações nas quais ambos os aspectos (delito e contrato) podem estar presentes, quando uma relação planejada e contratada não assegura às partes a fruição desejada. De um lado, se pensarmos que os contratos existem para permitir e facilitar a alocação autônoma de recursos e riscos, quaisquer efeitos devem ser regulados por meio da teoria geral dos contratos. De outro, se introduzirmos na equação o conceito de que as regras visam proteger uma parte de sofrer danos causados por outra, então a teoria do delito surge como fonte de solução. Para alguns autores franceses, porém, uma obrigação contratual somente pode ser vista, regulada e dirimida sob a ótica do contrato. E, de forma similar, os autores citam o jurista alemão F. Mommsen, para quem só se pode falar em obrigação contratual aquilo que decorre de um contrato, afastando, assim, a admissão de relações que comportariam ambos os aspectos – delito e contrato¹³.

ATIYAH, anteriormente citado, ressalta que o efeito vinculativo do contrato não decorre dos atos, do que as partes fazem ou não fazem, mas sim da sua intenção de tornar vinculante o pacto; a obrigação nasce da manifestação da vontade das partes e não de suas ações, diferentemente do que ocorre nos casos de quase-contratos ou leis penais, em que a obrigação surge a partir da ação (ou omissão) humana. (1979) (2001; pág. 12-14).

¹² Idem. pág. 784 e 785.

¹³ Idem. Ibidem. pág. 784 e 785

Mesmo pertencendo a sistemas distintos – *common law* e direito civil, respectivamente –, há um ponto em comum entre o ensaio ATIYAH e a doutrina de POTHIER, qual seja, a importância da caracterização da fonte da obrigação – se reside e deriva do consentimento entre partes ou se decorre de um ato humano (para o qual a lei atribui determinada consequência), visto que a fonte da obrigação determinará a consequência do eventual dano produzido. O descumprimento da promessa gera um dano a ser reparado, que deve ser apurado com base na intenção das partes quando da formação do pacto, assim como o descumprimento de uma lei ou a quebra da equidade também o geram, embora de natureza e fundo diversos.

Essa breve recuperação história interessa ao presente trabalho por dois motivos: a importância da identificação da fonte da obrigação – se contratual ou oriunda de delito – e as consequências que daí derivam; e a compreensão do elemento validador do contrato no direito brasileiro – se é a vontade, como elemento único e suficiente, ou se a existência de troca comutativa e justiça distributiva também constituem elementos validadores da obrigação e dos termos contratados pelas partes.

1.2. Origens do Código de 1916

M. I. Carvalho de Mendonça dedica a parte inicial de seu livro, cuja primeira edição é de 1908, a um longo relato acerca da evolução histórica do direito das obrigações, lembrando que a gênese das obrigações reside na vontade individual, de onde exsurge a responsabilidade e, por consequência, a obrigatoriedade das convenções. As obrigações decorrem de fato voluntário humano ou da lei. ‘As promessas, as convenções’, afirma MENDONÇA, ‘repousam, em última análise, na certeza de que quem as faz é capaz desse esforço por cumprir, na época estipulada, aquilo que prometeu, a despeito das impulsões em contrário, que nesse tempo o possam solicitar’ (1956; p. 81-85).

Dentre inúmeras informações fornecidas, o autor afirma que o direito civil antigo estava intimamente ligado à religião; ‘ter um mesmo direito era pertencer a um mesmo culto’ e a força vinculante dos pactos era data, essencialmente, pela sanção de natureza ou influência religiosa, a ponto de o autor afirmar ‘E, a despeito do que chamamos hoje crueldade, foi esse regime que incutiu lenta e penosamente na consciência individual o hábito moral de realizar a promessa feita’ (1956; p. 105-109).

MENDONÇA credita ao direito romano a origem dos conceitos absorvidos pelo direito pátrio, reconhecendo a influência dos ideais do Estado Liberal, por força do trabalho de

POTHIER, que teria influenciado inúmeras codificações, dentre elas a brasileira (1956; p. 125-109).

A julgar pelas afirmações feitas pelo autor, a despeito da profunda e extensa descrição histórica por ele feita, não identificamos indagações acerca do fundamento da força vinculativa das promessas; MENDONÇA, quando muito, credita tal força à íntima relação, na origem, entre direito e religião. Ainda que fundada em relatos históricos trazidos pelo autor, a vinculação com a religião há muito deixou de ser representativa, de forma que não fica clara, para esse autor, qual seria, na origem, a fonte, o fundamento da força vinculante originária da promessa, da manifestação da livre vontade.

No Brasil, já a Constituição do Império determinava a organização de um Código Civil (MENDONÇA; 1956), o que somente veio a ocorrer em 1916, anos após o trabalho de Clovis Bevilacqua ter sido concluído e encaminhado ao Senado em 1902, tendo sido precedido pelo trabalho de Teixeira de Freitas, que redigira a Consolidação das Leis Civis em 1858 e um Esboço em 1865.

BEVILACQUA, em sua doutrina sobre o direito das obrigações, admite abertamente considerar a origem do nosso direito como sendo o direito romano. Na verdade, o civilista brasileiro chega a afirmar que a teoria das obrigações no direito romano atingiu tal grau de aperfeiçoamento que os modernos juristas pouco precisaram fazer para adaptá-la aos novos tempos (1940; p. 48), o que não parece estar perfeitamente ajustado às inúmeras evoluções pelas quais os institutos romanos passaram durante a Idade Média na Europa Continental.

Ao discorrer sobre as fontes das obrigações, BEVILACQUA cita as fontes da obrigação indicadas por POTHIER (contrato, quase-contrato, delito e o quase-delito), afirmando, porém, serem as mesmas insuficientes para explicar as variadas causas existentes, acrescentando, desde logo, a vontade unilateral como fonte inegável de obrigações. Em sua conclusão, afirma que as fontes das obrigações se resumem a: contrato, quase-contrato, atos ilícitos e vontade unilateral. Admite, mais adiante, que as fontes podem ser classificadas entre conduta humana (contratos e atos unilaterais) e a lei (quase-contrato e atos ilícitos), em raciocínio estruturalmente similar àquele explorado por POTHIER.

Ao lado das fontes, BEVILACQUA discute qual seria o fundamento filosófico das obrigações. De certa forma, faz uma investigação similar àquela feita por ATIYAH, mas com conclusões bastante diversas.

O civilista brasileiro primeiro cita Giovan Battista Vico, para quem a boa-fé era a fonte primária das obrigações; refere-se a Immanuel Kant que, segundo BEVILACQUA, afirmou serem as obrigações um postulado da razão pura, impossível de ser demonstrado, mas que se impõe forçosamente à inteligência. Tanto os argumentos de VICO quanto de KANT são considerados insuficientes pelo brasileiro, que sustenta seu argumento no filósofo e economista inglês Stuart Mill, para quem o fundamento do direito das obrigações reside nas consequências funestas que adviriam da falta de fé e da ausência de confiança mútua entre os homens. O fundamento último das obrigações, afirma BEVILACQUA, ‘é o interesse da sociedade, harmonizando-se com o dos indivíduos’ (1940; p. 19-20)¹⁴.

Embora BEVILACQUA tenha afirmado considerar as proposições de VICO e KANT como insuficientes para explicar o fundamento filosófico das obrigações, sua conclusão não é menos genérica – as obrigações são vinculantes e devem ser respeitadas por interessar à sociedade que assim o seja. Quer nos parecer um raciocínio que se alinha ao argumento de que a vinculação e a responsabilização existem a partir do instituto – contrato/promessa – independentemente de ter ou não havido troca justa, impacto sobre a outra parte, benefício ou conduta prévios, raciocínio esse derivado da escola liberal, que tem na livre escolha seu valor máximo.

Como ROPPO indicou (2009; p. 29), o conceito de contrato pode e foi utilizado como função ideológica. Neste sentido, sob a ideologia do Estado liberal, o contrato instrumentalizava a ideia da liberdade de contratar, expressão da soberania e escolha individuais, tendo como contraponto a responsabilidade plena pelos compromissos assumidos, de onde exsurge o uso da expressão ‘*pacta sunt servanda*’, significando que o contrato legalmente formado tem força de lei para as partes.

Nesse contexto, as indagações sobre justiça, benefício, justa contrapartida, perdem a relevância, visto que a justiça da relação contratual era presumida pelo simples fato de que o contrato deveria corresponder à livre vontade manifestada dos contraentes (ROPPO; 2009). É importante, porém, reconhecer não somente o apego ao formalismo que se depreende de tal

¹⁴ Clovis Bevilacqua informa que essa conclusão de Stuart Mill seria compartilhada por outros juristas, citando Giuseppe d’Aguano, Pietro Cogliolo e Gabriel Tarde. Cita, ainda, em nota de rodapé, René Demogue, para quem a segurança jurídica é valor fundamental, como se lê na seguinte transcrição ali feita: Os actos jurídicos obrigam por corresponderem a uma vontade individual que se presume de acordo com o interesse social, acordo que resulta ora da presumpção da lei, ora da aprovação dada pelos interessados mais diretos (contractantes). E são irrevogáveis porque, de outro modo, a segurança seria prejudicada.” (BEVILACQUA; 1940)

formulação, mas também o contexto histórico em que essa ideologia se fez manifestar.

A liberdade contratual valorizada pela doutrina liberal não visava a desigualdade ou o desequilíbrio entre as partes, como já tivemos oportunidade de explorar nas considerações iniciais. O pressuposto era de que a garantia à autonomia da vontade, a liberdade de contratar, eram assecuratórios do interesse geral da sociedade; embora o indivíduo fosse a figura central, o fim último não era individual, mas sim coletivo. BEVILACQUA, como visto acima, via no direito das obrigações uma ferramenta de consecução dos interesses da sociedade, fundada na garantia da liberdade individual.

De se recordar que a ideologia liberal nasce em um contexto de abolição (ao menos em tese) de privilégios e discriminações, tão marcantes do antigo regime. A burguesia se sentia marginalizada e opunha-se aos privilégios da nobreza. Tanto é que J.J. Gomes Canotilho afirma que “A falta de liberdade política da burguesia constituirá um dos incentivos principais a favor da luta pelos direitos do homem.” (2003; p. 384)

No novo regime, os indivíduos eram supostos a desfrutar de igualdade em suas posições, de onde resultariam contratos paritários. Novamente recorremos ao relato de CANOTILHO: “Se as ideias contratuais de Hobbes acabaram na legitimação do poder absoluto, em Locke a teoria contratual conduzirá à defesa da *autonomia privada*, essencialmente cristalizada no direito à vida, à liberdade e à propriedade. Esta concepção do **individualismo possessivo** influenciará, em parte, decisivamente, a *teoria liberal* dos direitos fundamentais que os considerará sempre como *direitos de defesa* do cidadão perante o Estado, devendo este abster-se da invasão da autonomia privada. Daí que o *Government* se reduzisse à ‘*Preservation of their* (isto é, dos homens) *Property*’ e o modelo dos direitos de liberdade fosse essencialmente um *modelo econômico*, traduzido no facto de os direitos dos indivíduos se reconduzirem à autodeterminação do indivíduo através da livre disposição sobre a sua pessoa e os seus bens.” (2003; p. 384).

Como ATYAH observou em mais de uma ocasião, o conceito de liberdade de contratar atingiu seu auge no século XIX, mais especificamente, segundo o autor, em torno de 1870, época em que o conceito de liberdade não era privativo dos advogados, mas sim um ideal econômico e político, defendido pelos representantes da esquerda (enquanto hoje é visto como ideal da direita) e, ainda, religioso se considerarmos as origens da Reforma e do protestantismo (2001; p. 355-357). Esse era o contexto histórico a partir do qual BEVILACQUA concebe sua

obra.

Assim, ainda que a história tenha, infelizmente, caminhado em sentido diverso aos ideais igualitários do liberalismo, e tenha levado a uma nova configuração de poderes e privilégios, não podemos esquecer que essa é a origem da ideologia sobre a qual se fundou a liberdade de contratar e, por consequência, o Código Civil brasileiro de 1916. O *laissez-faire* objetivava, em sua concepção, o bem-estar coletivo. ROPPO cita, a título exemplificativo, a decisão de um juiz inglês em 1875, no sentido de que ‘o interesse público (*public policy*) requer mais do que qualquer outra, é que homens adultos e conscientes tenham a máxima liberdade de contratar, e que os seus contratos tenham a tutela dos tribunais’ (2009; p. 36).

A concepção individualista que orientou o Código de 1916 baseava-se na ideia de que o Direito tem por finalidade assegurar ao homem o livre exercício de suas prerrogativas e de que os homens nascem livres e iguais. O pressuposto do ordenamento jurídico era, portanto, o da igualdade formal e o da liberdade civil, contexto em que o contrato figura como ferramenta imprescindível ao desenvolvimento das relações humanas, como expressão máxima da prerrogativa do indivíduo, a quem deve ser assegurada a liberdade de contratar e a de negociar e aceitar os termos aos quais pretendem submeter-se (GOMES, p.55 e 62), tudo isso, evidentemente, em um sistema que reconhece e protege a propriedade privada, sem o que não há que se falar em circulação, troca, prestação ou outro negócio jurídico que se queira contratar.

O exercício dessa prerrogativa caracteriza a autonomia privada, que é o poder de gerar efeitos jurídicos sobre sua pessoa e seus bens, de se autorregular, especialmente na esfera dos direitos patrimoniais; essa é – como bem pontua Orlando Gomes – a função mais característica do negócio jurídico (2016; p. 209). Com razão o autor, visto que o negócio jurídico permite a exteriorização, a concretização da autonomia privada.

Na mesma linha, ABREU FILHO, vendo o negócio jurídico como instrumento da autonomia privada, define esta última como ‘os poderes que o ordenamento outorga ao indivíduo, permitindo-lhe a criação de normas vinculantes, de conteúdo negocial, capazes de provocar efeitos jurídicos pela prática de atos de diversas espécies (1997; p. 41). É como se o Estado delegasse aos particulares certo poder de legislar, de onde advém a importância de seus termos serem respeitados e executados, e de receberem a tutela do Estado, exceto naquilo que transgredir ou transpor limites de legalidade.

O jurista italiano Emilio Betti, citado por ABREU FILHO, coloca a questão sob o prisma de que ao Direito, em sua função ordenadora, cumpre o papel de viabilizar a circulação de bens e serviços, essencial às organizações sociais, em virtude do que reconhece a autonomia privada e lhe reconhece como categoria de negócio jurídico, e afirma (2008; p.79-80):

“Tanto o direito subjetivo privado como o negócio jurídico são dominados pelo princípio da liberdade e da consequente auto-responsabilidade privada (.....). O indivíduo é livre de agir segundo a sua maneira de ver; isto desde que, por outro lado, só ele sofra as consequências da sua conduta, quer elas sejam, para ele, vantajosas ou onerosas.”

É, pois, sob esse espírito que o Código Civil de 1916 foi elaborado; sob a ideologia da igualdade, da liberdade de expressar e agir, da plena autonomia da vontade, sob o pressuposto que as relações se dariam, a princípio, sob bases paritárias e que representariam o desejo dos contratantes. Mesmo que observados os preceitos e formalidades legais, a liberdade estava na essência da norma, presumindo-se justa a contratação pelo fato de refletir o que as partes quiseram, dispensando-se investigações ou apurações outras, exceto em pouquíssimos casos.

Esse arcabouço jurídico regulou o direito privado no Brasil por quase um século, até que, em 2002, entra em vigor um novo Código Civil, sob a égide da Constituição Federal de 1988, trazendo com ele novos conceitos, cuja extensão e aplicação requerem cuidadoso exame, sob pena de se comprometer, muito além do que o legislador quis, a liberdade de se contratar e estabelecer relações com força vinculante em sua plenitude.

CAPÍTULO II – UM NOVO PANORAMA

2.1. A Constituição de 1988

A reforma introduzida pela Constituição de 1988 interessa ao presente estudo sob dois enfoques: primeiro, pela incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do chamado neopositivismo. E, segundo, pela constitucionalização do direito civil.

2.2. O Neopositivismo

A Constituição de 1988 inaugurou no Brasil um novo paradigma para o direito, incorporando a tendência jurídica da segunda metade do século passado, legislando, como frequência, por meio de princípios jurídicos; não princípios hermenêuticos, de interpretação jurídica, mas princípios no sentido de norma-princípio, com clara ênfase aos chamados direitos da terceira geração (direito de liberdade, de prestação/igualdade e direitos de solidariedade).

Assim, um País de tradição acentuadamente positivista vê ser promulgada uma nova Constituição, com viés pós-positivista, onde os princípios são alçados à condição de norma jurídica, desfrutando da mesma força normativa até então conferida às regras¹⁵, com grande impacto sobre o direito privado, em especial sobre os contratos¹⁶.

O uso de princípios como normas reguladoras reflete a orientação contida nas obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy (dois importantes expoentes dessa corrente) e nasce como contraposição à lógica do positivismo rigoroso, por meio do qual o direito legitima a si

¹⁵ Judith Martins Costa comenta: “*Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios – é norma. (.....) A grande diferença entre princípio e cláusula geral, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial, onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras ‘janelas’ consubstanciadas em tais cláusulas.*” (in *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. RT, 1992, n. 680, p. 50-51). MARTINS-COSTA, Judith. Apud THEODORO JÚNIOR e FIGUEIREDO (2021; p. 128. Nota 7).

¹⁶ Apesar da reforma trazida pelo texto Constitucional, na prática, o novo pensar levou algum tempo para ganhar raízes no território brasileiro, em especial porque não houve alteração imediata na composição do Supremo Tribunal Federal, então composto por magistrados de tradição positivista, o que contribuiu para tornar mais lenta a transição para o novo pensar.

mesmo¹⁷. Para o positivista, a verificação de validade de uma norma independe de critérios ou valores de justiça ou moral, até porque esses são vistos como subjetivos e relativos. A justificativa para o positivista é, portanto, de ordem formal, procedimental, que, com o tempo, foi considerada insuficiente pela doutrina em vista das necessidades impostas pela multiplicidade e mutabilidade das relações sociais.

CANARIS aponta o que denomina inconvenientes do rigor positivista: “por um lado, a fundamentação que se apresente será aparente: as verdadeiras razões da decisão, estranhas aos níveis juspositivos da linguagem, não transparecem na decisão, inviabilizando o seu controlo; por outro, o verdadeiro e último processo de realização do Direito escapa à Ciência dos juristas: a decisão concreta é fruto, afinal, não da Ciência do Direito, mas de factores desconhecidos para ela, comprometendo, com gravidade, a previsibilidade, a seriedade e a própria justiça da decisão.” (2019; p. XXIII e XXIV)

Curiosamente, porém, o mesmo risco que CANARIS identifica no formalismo pode se repetir na nova técnica de cláusulas abertas e aqui nos referimos, em especial, à dificuldade de se controlar as decisões se sua fundamentação não for muito clara e, ao contrário, recorrer a abstrações, e à falta de previsibilidade que daí pode decorrer. A autonomia oferecida pelo pós-positivismo, apesar de transformar o papel do julgador, não o fez com o objetivo de abrir margem para um ativismo judicial nem para uma liberdade discricionária¹⁸. Fez isso visando uma maior coerência do sistema, atribuindo força normativa aos princípios, não tendo pretendido, até porque não seria consistente com o Estado Democrático de Direito, investi-lo do poder de julgar segundo seus próprios princípios e convicções.

¹⁷ Hans Kelsen, reconhecido pela sua imensa contribuição ao direito sob o prisma positivista, afirma sobre norma consuetudinária: “*Sob a impressão da importância proeminente que tem o tribunal dentro de um sistema de Direito consuetudinário e de jurisprudência com força de precedente, esta teoria ignora a diferença essencial que existe entre ‘fontes’ do Direito juridicamente vinculantes e não juridicamente vinculantes. Erra, porque desconhece que fonte de Direito, isto é, a origem ou causa do Direito, aquilo de que o Direito nasce, aquilo que produz Direito, só pode ser o Direito, pois é o Direito que regula a sua própria produção.*” (grifos nossos). KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. WMF Martins Fontes. 8ª ed.; 8ª tir. São Paulo. 2020. p. 283. E, ainda, de KELSEN “A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica” (2020, p. 283).

¹⁸ TOMELIN, in *O Estado Jurislador*, faz referência à obra ‘Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos’ de autoria do Professor Elival da Silva Ramos, da qual se extrai: “*Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.*” (2018; p. 136)

DWORKIN critica aquilo que denomina insuficiência do positivismo diante da complexidade e pluralidade da sociedade moderna, a reclamar um posicionamento mais criativo, embora não infundado, do judiciário, que, diante de um caso complexo, deve encontrar no ordenamento jurídico, por meio de normas e princípios, uma solução adequada, desempenhando um papel de construção e justificação do direito. O juiz deve encontrar a solução no próprio ordenamento, propõe DWORKIN, e não o criar. Uma boa definição nos traz Eduardo Cambi, citado por TOMELIN:

“O neoconstitucionalismo reclama uma nova teoria da norma, que possibilite a conjugação de regras e princípios, bem como uma nova teoria da interpretação jurídica que não seja nem puramente mecanicista nem, tampouco, absolutamente discricionária, em que os riscos que comportam a exegese da Constituição sejam suportados por um esquema plausível de argumentação jurídica.” (Eduardo Cambi, 2016, p. 113 apud TOMELIN. 2018; p. 115)

NEVES, dedicando-se à tarefa de identificar a diferença entre princípios e regras, bem pondera acerca da eterna tensão entre constante mobilidade e dinâmica social e a pouca ou menor mobilidade do direito positivado (2019; p. XXII):

“Por um lado, a tendência a superestimar os princípios em detrimento de regras torna altíssimo o grau de incerteza e pode descambar em insegurança incontrolável, relacionada à própria quebra da consistência do sistema jurídico e, pois, à destruição de suas fronteiras operativas. Por outro, a tendência a superestimar as regras em detrimento dos princípios torna o sistema excessivamente rígido para enfrentar problemas sociais complexos, em nome de uma consistência incompatível com a adequação social do direito.”

CANARIS sustenta que os princípios têm a vantagem de explicitar a valoração pretendida pelo direito, diferentemente do uso de conceitos, onde a valoração é implícita, alertando, contudo, que os princípios não se encerram em si mesmos, necessitando, “para a sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio. De facto, eles não são normas e, por isso, não são capazes de aplicação imediata, antes devendo primeiro ser normativamente consolidados ou ‘normativizados’.” (2019; p. 83 e 96)

E aqui reside o grande desafio no Brasil atual – conciliar uma Constituição social e garantista, orientada pelo pós-positivismo, incorporadora da constitucionalização do direito

civil, com um Código Civil filiado a uma matriz teórica de Direito romano, tal como codificado pela Europa continental no Século XIX, e agora reorganizada sob princípios da boa-fé, do equilíbrio econômico-financeiro e da função social dos contratos.

E a solução não está na singela afirmação de que, obviamente, prevalece a lei fundamental, hierarquicamente superior. Isto não é conciliar. Isto é sobrepor. Equivaleria a admitir que o direito privado no Brasil foi integralmente entregue ao Poder Judiciário, que deve agir de acordo com a previsão constitucional. Exige-se mais do que isso, até porque tal possibilidade representaria inegável invasão de poder. A aplicação do Código Civil como ferramenta da Constituição Federal é imprescindível à preservação da coerência e coesão do sistema.

A absorção do pós-positivismo pelo direito brasileiro significa que há uma nova e mais moderna técnica de hermenêutica jurídica; não significa que não há lei. A estrutura legal continua hígida, até porque a legitimidade da atuação do Poder Judiciário depende, justamente, da existência, validade e eficácia do ordenamento jurídico e, diga-se, no que diz respeito à estruturação dos poderes na República, a estrutura legal tende mais ao formalismo do que a uma liberdade hermenêutica autoatribuída. A existência de leis e sua observância pela sociedade (incluindo pelos Poderes que representam o Estado) é requisito à concretização de comandos emanados pelos competentes órgãos legisladores, de qualquer patamar ou hierarquia.

E o alerta é necessário porque o Código Civil sobrevive, já ajustado à nova ordem, mas com a preservação de suas raízes. O intérprete tem que se restringir ao poder que efetivamente lhe foi conferido, não ao poder que gostaria de ter, pois isto causaria uma ruptura no sistema e levaria à incoerência das normas previstas. NEVES, já no prefácio de sua obra, nos alerta sobre os desvios que podem ocorrer (e, na visão dele, já estão ocorrendo) quando não se constrói a harmonia e coerência do sistema por meio da exacerbação da aplicação das teorias pós-positivistas:

*“Passei a observar que, salvo algumas exceções, tratava-se, mais uma vez, de importação acrítica de construções teóricas e dogmáticas, sem o crivo seletivo de uma recepção jurídico-constitucionalmente apropriada. Em grande parte, configurava-se a **banalização de modelos principiológicos**, desenvolvidos consistentemente no âmbito de experiências jurídicas bem diversas da nossa. Por um lado, a **invocação aos princípios (morais e jurídicos)** apresentava-se como panaceia **para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e***

constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e ‘completas’, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas.” (2019; p. XI.) (grifos nossos)

e

“Por um lado, a tendência a superestimar os princípios em detrimento das regras torna altíssimo o grau de incerteza e pode descambar em insegurança incontrolável, relacionada à própria quebra da consistência do sistema jurídico e, pois, à destruição de suas fronteiras operativas. Por outro, a tendência a superestimar as regras em detrimento dos princípios torna o sistema excessivamente rígido para enfrentar problemas sociais complexos, em nome de uma consistência incompatível com a adequação social do direito.” (2019; p. XXII)

E NEVES não está solitário nesta crítica. TOMELIN observa que “No Estado Jurislador, a “Era dos Direitos’ desce ao mundo da concreção jurisprudencial do dia a dia. Ao se acelerar o acesso a direitos corre-se o risco de utilização da chave interpretativa como meio de desmontar toda a segurança jurídica do sistema republicano. Segundo Geraldo Ataliba o ‘Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, mais civilizada.” (2018; p. 115). STRECK reforça o time de críticos:

“Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do Direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse ‘neoconstitucionalismo’ acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira ‘neoconstitucionalista’ defendem-se, ao mesmo tempo, um Direito constitucional da efetividade; um Direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos ‘verdadeiros valores’ que definem o Direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual)” (STRECK. 2017. p. 67)

E, ainda,

“não se pode esquecer, aqui, que a “zona da incerteza” (ou as especificidades em que ocorrem os “casos difíceis”) pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, ad libitum, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de “discrecionabilidade”.” (2017; p. 71)^{19, 20 e 21}.

O recurso a princípios é compreensível, dada a rigidez representada pela norma positiva e sua incapacidade de acompanhar *pari passu* a evolução social. A eventual imprecisão semântica de um princípio constitucionalmente estabelecido, ou a necessidade de aplicá-lo de forma harmônica a outro de igual hierarquia, não significa autorização para o intérprete criar norma inexistente. Apesar de KELSEN ser um grande defensor do positivismo e do rigor dogmático, sua afirmação de que a criação do Direito é, ainda, aplicação do Direito, continua sendo válida, mesmo ao se incorporar a técnica das cláusulas abertas, como o fez a Constituição brasileira e, em alguma medida, o Código Civil.

Em direito, não pode haver espaço para arbitrariedade; há necessidade de construção de um sistema harmônico e consistente, que ofereça à sociedade critérios claros, previsibilidade e segurança jurídica. Aplicar o direito ao caso concreto significa submeter os fatos ao ordenamento, ainda que este seja integrado por princípios abstratos²²; distanciar-se desse

¹⁹ E outros autores podem ser, ainda, citados. Veja-se, por exemplo, Luiz Felipe da Rocha Azevedo Panelli, quando afirma que: *“Ninguém duvida que o Poder Judiciário pode – ou melhor, deve – agir de maneira a garantir os direitos de todos, em especial de minorias (dado o caráter antimajoritário da jurisdição). O exercício da jurisdição é legítimo, mas o mínimo que se espera é que as decisões sejam fundamentadas de forma racional, evitando uma concentração excessiva de poder nos integrantes da cúpula do Poder Judiciário que seria a negação do próprio conceito de Constituição.” (PANELLI. 2018; p. 108).*

²⁰ Ainda STRECK, ao comentar o novo paradigma incutido na Constituição de 1988, observa que *“... as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das teorias. Com efeito, houve um efetivo ‘incentivo’ doutrinário a partir de três principais posturas ou teorias: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Axley.” (STRECK. 2014. P. 84).*

²¹ Bruno Torrano é enfático: *“Nesses termos, era terrivelmente previsível que fosse alegremente ecoada em inúmeras decisões judiciais a difundida farra do ‘pós-positivismo’ brasileiro, que, desde 1990, romantiza ‘princípios’, comemora o deslocamento de decisões políticas do Legislativo para o Judiciário, e insiste que toda e qualquer interpretação jurídica é uma interpretação moralmente construtiva. (...).” (TORRANO. 2019; p. 167).*

²² Recorremos à subsunção dos fatos à norma, sem esquecer a ressalva feita por Carlos María Cárcova, quando diz: *“Por mais estranho que se afigure, a chamada subsunção não recebe da dogmática (nem*

pressuposto é concorrer para a arbitrariedade. Os princípios encerram valores tutelados pelo ordenamento os quais vinculam o aplicador do Direito; princípios são, em última instância, tradutores de valores e a distância entre sua abstração e o caso concreto somente pode ser percorrida por conceitos, normas ou outros valores igualmente tutelados pelo ordenamento.

A sociedade como um todo, e de modo especial as relações contratuais, dependem diretamente da regularidade e previsibilidade quanto ao conteúdo dos comandos normativos aos quais estão sujeitos. Por meio do contrato, os agentes privados têm o poder de se auto compor, de estabelecer direitos e obrigações recíprocos, daí a relevância de haver um ordenamento jurídico cujo conteúdo é conhecido pelas partes, que, uma vez conhecendo as regras, terão melhores condições de definir as condutas às quais aceitam se submeter, até por terem clareza quanto às consequências que enfrentarão em caso de descumprimento.

Comentando a jurisprudência de valores na Alemanha, STRECK transcreve as palavras de Ingeborg Maus, mostrando que a preocupação é compartilhada na Europa continental: “A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso [...] é alcançada por meio da centralização da ‘consciência’ social na Justiça. [...] Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.” (2017; p. 91).

PERLINGIERI endereça a questão ressaltando que a técnica de legislar por cláusulas gerais implica transferir ao juiz, ao intérprete, a aplicação da norma aos fatos, sem, contudo, permitir que o juiz possa empregar sua própria ideologia pessoal, visto que as cláusulas gerais “devem ser lidas na lógica proposta” (2008; p. 237 e 239).

Ora, se o pós-positivismo, no Brasil, representa, por si só um desafio do ponto de vista hermenêutico, o problema é potencializado quando se fala em teoria dos contratos. Não se trata de defender o indefensável, como o seria a defesa da imobilidade ou do congelamento da teoria

da teoria) maiores explicações. Não se revelam os mecanismos lógico-metodológicos empregados para incluir o caso particular na premissa genérica de natureza normativa. Tampouco se diz se esse é um processo puramente intelectual ou se atuam, também, aspectos volitivos próprios da individualidade do julgador; ou se, complementar ou alternativamente, este deve instrumentar critérios de natureza axiológica vigentes na sociedade que gerou o tipo de institucionalidade que ele expressa. Por sua vez, a ciência jurídica remete a questão a uma teoria geral da interpretação, motivo pelo qual o termo subsunção, que tantas coisas parece evidenciar, termina cumprindo uma função puramente retórica, prenhe de equivocidade, embora útil para aludir, multivocamente, a um processo significativamente complexo como o da judicância ou aplicação da lei.” CÁRCOVA, Carlos Maria. As Teorias Jurídicas Pós-Positivistas. Belo Horizonte. Casa do Direito. Grupo Editorial Letramento. 2016. Pág. 218.

dos contratos.

Trata-se de afirmar que o Código Civil de 2002, ciente da função que lhe compete – servir de ferramenta à uma Constituição social, solidária e garantista – positivou alguns importantes conceitos da nova era, sem, contudo, abandonar a raiz civilista à qual nosso sistema se filiou.

Os dispositivos do Código Civil que regulam o direito contratual, e aqui, naturalmente incluímos aqueles introdutórios dos princípios da boa-fé, da função social do contrato e do equilíbrio econômico-financeiro, constituem a base a partir da qual as relações contratuais devem ser examinadas.

O pacto firmado entre partes, o auto regulamento por elas construído, deve, em princípio, ser respeitado, admitindo-se uma intervenção em seu conteúdo somente naqueles casos em que tal intervenção é realmente necessária para assegurar o respeito a direitos fundamentais que estiverem sendo sacrificados (sem abusos ou arbitrariedades) ou, ainda, para recusar efeitos a uma vontade que não foi manifestada de forma plenamente consciente e livre, sem vícios de qualquer natureza, ou, ainda, para conter externalidades negativas que extrapolam a esfera das partes contratantes, para incidir sobre terceiros.

A intervenção que o Poder Judiciário se julga apto a realizar deve se limitar aos casos em que houver uma violação de direitos fundamentais ou de princípios tutelados pelo ordenamento; em nenhuma hipótese pode-se permitir que o magistrado interfira em situações que julgar razoável, preferível ou conveniente fazê-lo, sob pena de subverter a coerência do ordenamento e da distribuição de poderes no Estado, produzindo insegurança e imprevisibilidade, de todo indesejável para a sociedade.

O bem-estar da sociedade passa por um ordenamento coeso, conhecido por todos, e consistentemente aplicado, razão pela qual apreciamos e aqui repetimos a afirmação de ATIYAH e Robert S. Summers de que a consistência do ordenamento e a previsibilidade quanto ao conteúdo normativo constituem uma forma básica de *fairness* (i.e., de justiça) entre governantes e governados. (1991; p. 73)

2.3. A Constitucionalização do Direito Civil

No que diz respeito ao segundo tema – constitucionalização do Direito Civil –, a Constituição Federal de 1988, além de ter assumido a configuração de constituição social,

compromissória e dirigente, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro, com força máxima, direitos e garantias individuais e sociais e, na esfera privada, tocando em institutos consagrados pelo Estado liberal.

Com efeito, privilegiou a Carta de 1988 direitos e garantias individuais, naquilo que a doutrina refere como constitucionalização de direitos fundamentais. CANOTILHO, ao falar sobre a constitucionalização dos direitos e garantias individuais sob a ótica da Constituição de seu país (Portugal), informa:

*“Designa-se por **constitucionalização** a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notório a proteção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’.”* (2003; p. 378) (grifo próprio).

Os direitos fundamentais foram alçados à condição de norma constitucional, o que, segundo CANOTILHO, não representa mero esquema classificatório, mas um regime jurídico constitucional especial, materialmente caracterizador desses direitos, que serve, ainda, de parâmetro para outros direitos análogos ao longo da constituição, assim como atribui força vinculante e o que chama de densidade aplicativa (2003; p. 398).

Exemplo concreto dessa nova concepção pode ser encontrado em decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, de 2015, da qual se extrai:

“A CF deu ao homem lugar de destaque, realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo – essência de todos os direitos personalíssimos –, e é o ataque a esse direito o que se convencionou chamar dano moral.” (REsp. 1.245.550-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/3/2015, DJe 16/4/2015 (Informativo 559).

Para além da clareza do conteúdo da decisão, cumpre observar que, no caso, o Poder Judiciário considerou que o dano surge da própria ofensa, não sendo necessário investigar ou confirmar se do fato decorreu mudança no estado de alma do ofendido. O ato de ofender, per

se, já caracteriza o dano punível, quando a tradição jurídica brasileira, por influência de sua origem romanística, sempre caminhou no sentido de exigir inequívoca e apurável comprovação da ocorrência do dano para considerá-lo passível de indenização. Ao ver dano na própria ofensa, o julgador incorpora a nova visão do tratamento a ser dispensado aos direitos constitucionalmente protegidos, quer no plano individual, quer no plano social.

Tal tratamento à proteção da dignidade humana, de inegável valor, há que ser estendido a todos os direitos e atributos da personalidade, pois não vemos como possa ser admissível a hierarquização de um valor constitucionalmente garantido face a outro, de mesma relevância e hierarquia.

A incolumidade que se confere aos direitos individuais não pode ser relativizada se seu exercício se estende ou afeta também direitos da ordem patrimonial. Não se trata de atribuir ao elemento patrimonial valor superior ao humano; trata-se de afirmar que a eventual consequência patrimonial que possa decorrer do exercício de um direito humano, constitucionalmente garantido, não lhe retira força, tampouco minimiza sua importância.

A liberdade – de expressão, de associação, de ir e vir, de contratar, enfim, a liberdade em todas as suas expressões – é atributo indissociável da condição humana. Daí o risco que vemos em se pretender hierarquizar o social em detrimento do individual, por conta de um momento histórico específico, em que o individualismo, levado ao extremo, gerou iniquidades, em reação ao que se fez necessário resgatar o conceito e a importância da visão social. Mas a justiça social será plena se asseguratória de todos os direitos e garantias individuais.

É dessa forma que interpretamos PERLINGIERI quando este afirma que o “Estado social de direito representa a tentativa de conjugar legalidade e justiça social. Não é suficiente a garantia de que o Estado se abstenha de comportamentos invasivos da liberdade individual (liberdade frente ao Estado), mas sim é necessário que o Estado, mediante ações próprias, assegure o efetivo exercício da liberdade (liberdade através do Estado).” (2008; p. 14-15).

Como afirmado acima, o fim social, a solidariedade e a igualdade não são hierarquicamente superiores à liberdade. A liberdade em sentido lato (de expressão, de associação, de iniciativa, de ir e vir, e de acesso a informações) caminha *pari passu* com direito à educação, saúde, trabalho, meio ambiente e igualdade social. Não vemos como seja possível relativizar a liberdade e ainda pretender falar em dignidade humana e em realização do ser humano em sua plenitude. Como assinalou o historiador Leandro Karnal “[a] moral é

relativizada por conquistas sociais”, ainda que tenhamos que reconhecer que algumas dessas conquistas tenham efetivamente ocorrido²³.

Ninguém retira ou minimiza o mérito e a necessidade de conquistas sociais, mas elas são tão mais profundas e perenes quanto mais associadas e intrinsecamente vinculadas a valores como liberdade, dignidade e justiça, que são valores que não comportam relativização, que não convivem com concessões ou compromissos e devem receber do ordenamento jurídico tratamento que lhes assegure a sobrevivência de forma hígida e inconteste.

Não tememos nem nos opomos ao objetivo pretendido de conquista social; argumentar que quem defende a liberdade plena, dignidade e justiça é contrário a um Estado social e igualitário, é explorar superficialmente o tema. O que tememos é o risco representado pela relativização de outros valores ou pela banalização do desrespeito a direitos igualmente importantes. O risco reside na hierarquização de valores que são igualmente relevantes à condição humana e que foram igualmente considerados pela Carta de 1988.

Acerca da possível relativização ou hierarquização de direitos constitucionalmente assegurados, é de todo oportuna a justificativa aprovada como fundamento para o Enunciado 613 aprovado pela VIII Jornada de Direito Civil²⁴ realizada em abril de 2018²⁵:

“Difundiu-se a tese de que a liberdade de expressão teria posição preferencial em colisões com outros direitos fundamentais, decorrente de sua estreita conexão com o princípio democrático. (.....)”

*No entanto, os direitos de personalidade, que colidem frequentemente com a liberdade de expressão, também possuem elevado “peso abstrato”, em razão de sua conexão direta e imediata com a dignidade da pessoa humana, verdadeiro fundamento da República. Assim, **releva-se arbitrária qualquer tentativa***

²³ KARNAL, Leandro. Moral Seletiva – A vida não pode ser elemento negociável na obtenção de valores políticos. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 27 de março de 2022. Cultura & Comportamento, p. C8.

²⁴ As Jornadas de Direito Civil são promovidas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), por intermédio do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), em parceria com o Superior Tribunal de Justiça, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe). Os enunciados aprovados durante esses encontros têm servido como orientação, sendo, inclusive utilizados e mencionados por Ministros do STJ em suas decisões, de onde vem a relevância de sua análise. A IX Jornada de Direito Civil ocorre em maio de 2022.

²⁵ **Enunciado 613 – Art. 12:** *A liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.* Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2022.

apriorística de privilegiar algum desses direitos. A relação de prevalência deverá ser determinada à luz dos elementos extraídos do caso concreto. (.....)

É de se recordar, porém, que o que a Constituição assegura a todo cidadão não é o direito a ser indenizado por violações à privacidade; é o direito à privacidade em si.” (grifo nosso)

2.4. A Ordem Econômica Brasileira

A Constituição brasileira abraça, por um lado, a linha garantista e cidadã, mas, por outro, no capítulo destinado à ordem econômica, inclui entre os direitos e garantias fundamentais a propriedade privada e a trata como um dos fundamentos da ordem econômica; a livre iniciativa é referida como fundamento da República, a ser protegida, tal qual a livre concorrência, e essas devem ser exercidas de forma a respeitar outros princípios normatizados pela Constituição, quais sejam, o da função social da propriedade, da proteção ao consumidor e ao meio ambiente, da repressão ao abuso do poder econômico.

Vicente Bagnoli pontua que a ordem econômica sob a Constituição de 1988 está fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tendo por finalidade assegurar a existência digna, conforme preceitos de justiça social, assim compreendida a virtude que pauta os atos praticados visando o bem comum. Afirma o autor que a “valorização do trabalho humano e a livre iniciativa revelam que a Constituição de 1988 prevê uma sociedade brasileira capitalista moderna, na qual a conciliação e composição dos titulares de capital e de trabalho são necessidades a serem viabilizadas pela atuação do Estado.” (2020; p. 163-164)

Sobre a atuação do Estado no domínio econômico, BAGNOLI sustenta que não “se trata mais de um Estado agente econômico, monopolista, em muitas situações, tampouco de um Estado ausente nos padrões liberais, deixando que a concorrência entre agentes privados por si só regulasse a economia” (2020; p. 175). É, portanto, um novo Estado, cujo papel não é o promover a conquista social a qualquer preço; é um Estado responsável por tornar possível a igualdade social, sem nenhum comprometimento à liberdade. E a sociedade deve ser intransigente nessa exigência.

Nesse ponto, oportuna é a referência feita por STRECK a Elías Diaz no sentido de que o Estado Democrático de Direito se sobrepõe às noções de Estado Liberal e Estado Social. No Estado Democrático, busca-se a transformação profunda do modo de produção capitalista, mas para dar lugar a “uma organização social de características flexivamente sociais, para dar

passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade no qual se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades.” (2014; p. 53).

Consideramos oportuna tal referência por termos uma Constituição que é, ao mesmo tempo, garantista e liberal; apesar de seu inegável cunho social e mesmo sem fazer expressa referência a um regime econômico, a Carta de 1988 confere à organização da economia brasileira inegáveis traços de livre mercado e eleva a livre iniciativa à condição de fundamento da República.

E esse aspecto é de fundamental importância para um estudo sobre teoria dos contratos, tanto é que GRAU afirmou que “A atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito acarretou uma série de transformações no Direito. Um dos flancos mais atingidos foi justamente o do regime dos contratos”. Lembra-nos o autor que a “liberdade de contratar tem o sentido precípua de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades da propriedade individual dos bens de produção. Em outros termos: o princípio da liberdade de contratar é instrumental do princípio da propriedade privada dos bens de produção. A atuação do Estado *sobre* o domínio econômico, por isso mesmo, impacta de modo extremamente sensível sobre o regime jurídico dos contratos.” (2018; p. 89-90)

A Constituição brasileira, mesmo alinhada à ideia de justiça distributiva, manteve a ordem econômica submetida à livre iniciativa e com bens de produção descentralizados, com reduzida, ou melhor, relativa presença do Estado. O Código Civil de 2002, por sua vez, manteve, de um lado, o conceito retributivo dos contratos, e, de outro, positivou a boa-fé, a função social do contrato e o equilíbrio econômico-financeiro das relações, estando, evidentemente, sujeito aos comandos constitucionais.

Faz-se necessário, portanto, considerar o quadro como um todo, sem excluir o futuro da equação. A ordem social determinada pela Constituição não se esgota no presente; ela tem que se estruturar em fundamentos e instituições sólidas, que permitirão a sua perenização. Do contrário, o plano constitucional não será atendido, visto que de nada adiantará algumas eventuais conquistas no presente, se houver comprometimento do futuro. A sociedade solidária tem que ser, antes de tudo, autossustentável.

RAWLS enfatiza em sua obra que “o efeito cumulativo da legislação econômica e social é o de especificar a estrutura básica. (.....) Já que os arranjos econômicos produzem esses resultados, e de fato devem fazê-lo, a escolha dessas instituições envolve alguma concepção do

bem humano e do esboço das instituições que o realizarão. Essa escolha deve, portanto, ter fundamentos morais, políticos e também econômicos.” (2016; p. 322-323). Por esta razão insistimos que a Constituição brasileira é, ao mesmo tempo, garantista e liberal, sendo esta combinação a estrutura básica sobre a qual a sociedade brasileira deve se organizar e regular.

A evolução refletida na Carta de 1988 é fruto de várias conquistas da humanidade ao longo, principalmente, do século XX, mesma época em que as economias, as formas de produção, as tecnologias, a globalização e as comunicações passaram por transformações estruturais.

As novas formas de contratação, a padronização e massificação de contratos, o crescimento dos contratos de adesão, o surgimento de inúmeras tecnologias que se transformaram em ferramentas do dia a dia das pessoas, as grandes alterações promovidas pela globalização das economias e das trocas, a necessidade de se proteger o consumidor, o meio ambiente, a concorrência e evitar o abuso do poder econômico, tudo isso, está intimamente relacionado e convive (e até requer) o fortalecimento dos direitos coletivos e sociais.

Mas essas novas formas de relação e contratação não são incompatíveis com a sobrevivência dos contratos, particularmente naquelas situações em que verdadeiramente se verifique que o instrumento é produto do encontro de vontades, sem hipossuficiências ou mecanismos de adesão. Os contratos continuam sendo essenciais à sociedade, tanto é que Mário Júlio de Almeida Costa lembra-nos que “[n]ão falta quem assinale que a contratação ou contratualidade e o progresso seguem, na história, uma interligada curva ascendente.”, relativamente à qual traz extensa referência bibliográfica em nota de rodapé, que aqui omitimos. (2013; p. 201).

Mas é claro que a sociedade e as relações mudaram como um todo ao longo dos últimos cem anos e o Direito jamais poderia ficar inerte ou ileso a tantas e tão profundas mudanças, o que gerou, de certa forma, uma crise na teoria dos contratos em grande parte pressionada pela “exaltação do sentido de comunidade”, para usarmos a expressão definida por COSTA, que acrescenta:

“Numa outra perspectiva, assinala-se a perda, hoje em dia, de uma parte da dignidade dogmática de outrora, já que a figural central do negócio jurídico, devida à pandectística alemã, absorveu muitos dos conceitos pertencentes à teoria geral do contrato.” (2013; p. 203).

Tal afirmação está em total consonância com a realidade brasileira. No novo formato trazido pela Carta de 1988, o Estado é cada vez mais demandado a instituir políticas públicas e regulamentações que visam a proteção do sistema, das garantias individuais e da ordem econômica como um todo; são ferramentas do Estado para a consecução de seus fins, tais como constitucionalmente delineados.

Não temos dúvida de que essas políticas e regulações constituem uma moldura, dentro da qual os contratos devem se acomodar. Isto não significa que capacidade de contratar foi abolida. Significa, isto sim, que a liberdade de contratar não pode ultrapassar determinados parâmetros, em especial se tiverem por consequência a produção de efeitos sobre uma larga comunidade ou externalidades negativas que afetem a todos, como nos casos de danos ao meio ambiente e à concorrência. Extrapolar os limites dessa moldura significaria violar a ordem posta ou praticar um ato que, sob alguma forma, será objeto de penalidade ou reforma.

Mas, respeitados os limites daquela moldura, ou, naqueles espaços em que a moldura não se aplica ou é bastante alargada, não há motivos para crer que a autonomia privada deva ser limitada ou rejeitada; não há razão para se permitir o enfraquecimento do contrato, cuja existência e eficiência são instrumentais ao funcionamento de uma economia que respeita o conceito da propriedade privada e livre iniciativa, como é o caso da economia brasileira. Por esta razão, retomamos aqui, mais uma vez, a lição de COSTA, com a qual nos alinhamos por completo:

*“Crê-se exagerada, contudo, esta sobrevalorização do falado <declínio do contrato> ou <crise do contrato>. É sabido que a publicização ou socialização do direito privado se verifica, em especial, no terreno dos contratos. Mas não poderá concluir-se coisa diversa do que a **abertura de modernos horizontes ao instituto, no âmbito da prática e da teoria.***

*Bastará observar a pujança da actividade económica do nosso tempo, causa e efeito de conquistas tecnológicas e do acréscimo de necessidades, ao lado da dinâmica do intercâmbio de bens ou de serviços, interna e internacional, para reconhecermos que **o contrato continua sendo um esquema jurídico de primeira linha**, ao serviço da colaboração entre as pessoas, da incentivação económica e, enfim, do progresso. **As permanentes possibilidades potenciais e a maleabilidade do velho instituto mostram-se no amparo que, de acordo com***

imperiosas exigências contemporâneas, confere a categorias inteiramente novas ou apenas reformuladas, algumas das quais ultrapassam a esfera civilística. [nota de rodapé omitida]” (grifos nossos) (2013; p. 203 e 204)

O desenvolvimento de um país depende do desenvolvimento econômico e esse está intimamente ligado à existência e ao bom funcionamento de contratos, desde a sua concepção e celebração, até sua eventual judicialização. A sua modernização não implica sua condenação ou superação, mas sim, como bem pontuado por COSTA, a sua abertura a novos horizontes, totalmente possível dada a maleabilidade do instituto.

CAPÍTULO III - O CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.1. A base do novo diploma

A Comissão que foi incumbida da elaboração do Código Civil de 2002 foi organizada em 1975 e, desta forma, trabalhou no projeto por cerca de treze anos sob a égide da Constituição anterior e outros catorze sob o comando da Constituição de 1988.

Diante de uma carta constitucional repleta de direitos e garantias individuais, de viés acentuadamente social, os elaboradores do Código Civil entenderam ser necessário estender alguns princípios ao patamar de lei ordinária, recorrendo a cláusulas gerais, as quais, somadas ao intenso discurso da introdução de novos paradigmas, em especial da eticidade e da sociabilidade, conferiram aos intérpretes significativo poder de interferência e de revisão contratual, que, não necessariamente, atenderá ao princípio almejado pelo legislador.

Aqui reside o maior desafio – compreender a lógica proposta pela Constituição de 1988 como um todo, reconhecendo tanto o Estado social quanto a preservação da ordem econômica descentralizada, não estatizada. A descentralização dos meios de produção foi preservada e deve ser respeitada para que possa servir de instrumento ao objetivo primeiro. Esta é a forma pela qual a igualdade social e a dignidade humana criarão bases verdadeiramente sustentáveis.

Ainda que seja responsabilidade da sociedade como um todo fornecer os meios para que a igualdade de condições e a dignidade humana sejam uma realidade²⁶, a liberdade não é um preço a ser pago; o direito à liberdade é inerente à dignidade humana, tanto quanto o direito à saúde, moradia, educação.

Não deve haver hierarquização. Não pode haver hierarquização entre princípios constitucionalmente estabelecidos. Deve haver equilíbrio e imparcialidade. Da mesma forma que o falso apelo à liberdade serve, muitas vezes, para a mera perpetuação do poder de uma elite dominante e consolidação de privilégios para poucos (já que liberdade não é sinônimo de equidade), o excesso assistencialista pode, em um primeiro momento, dar a impressão de cumprimento do comando constitucional da solidariedade, igualdade e cooperação, mas sua incapacidade de se sustentar no tempo torna-o bastante ineficaz e, do ponto de vista político,

²⁶ A respeito, ver Ran Hirschl. Rumo à Juristocracia. As Origens e Consequências do Novo Constitucionalismo. 1ª edição. Londrina, PR. 2020. Pág. 222-225.

perigoso.

E, para além do comando constitucional, a sociedade será igualitária se houver ambiente político, econômico, social e cultural neste sentido, como bem pontua HIRSCHL ao resgatar que “alguns dos primeiros autores da Constituição americana, bem como alguns dos intérpretes mais recentes da Declaração dos Direitos, acreditavam que uma cultura de apoio a direitos, além da sua positivação, é uma condição necessária para a proteção real das liberdades civis.” (2020; p. 266).

A lei promove a mudança social quando há ambiente receptivo a seus princípios. A sociedade brasileira tem que incorporar o plano constitucional de sociedade igualitária e solidária de forma concreta e real; do contrário, tudo o que se verá é uma mera forma de assistencialismo travestido de defesa da Constituição e, no que diz respeito à teoria geral dos contratos, a descaracterização de um importante instituto, sob o falso argumento do cooperativismo e da indevida demonização da autonomia da vontade.

O Código Civil de 2022, embora tenha seguido a tendência de recorrer a princípios abstratos, manteve o caráter retributivo dos contratos. Isto é, ao lado dos já consagrados princípios da autonomia da vontade, relatividade dos contratos (que só vinculam as partes que a ele se vincularam) e força obrigatória (*pacta sunt servanda*), foram incorporados à ordem jurídica de forma explícita a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social dos contratos²⁷. Claro está, portanto, que o risco verificado na Constituição quanto ao eventual mal uso do poder conferido ao intérprete não somente se repete no plano da lei ordinária, como se amplifica.

A técnica de legislar por cláusulas abstratas não é, em si, o problema. É, inclusive, necessário dada a dinâmica das relações sociais em constante movimento e evolução. O risco reside no uso que o intérprete pode dela fazer, levando à incidência não da norma geral ou da lógica do ordenamento, mas de sua ideologia pessoal ou, até mesmo, de suas preferências políticas, gerando um cenário de insegurança jurídica, com múltiplas e variadas decisões jurisprudenciais, que não traduzem um ordenamento consistente e unitário, mas, sim, inúmeras

²⁷ Como citado na parte introdutória deste trabalho, Miguel Reale Jr. destacava que o novo código de 2002 foi concebido com base em três princípios fundamentais, a saber: eticidade, a socialidade e a operabilidade.

ideias acerca dos mais variados problemas postos pela dinâmica social²⁸.

Como bem alerta GRAU, o direito positivo acaba por passar por uma deslegitimação, em que a racionalidade do direito é substituída por uma racionalidade ética, mas não fica claro qual é a ética que substitui o sistema positivo (GRAU, apud PANELLI, 2018, p. 8).

O problema não é, e nem poderia ser, o princípio moral como balizador; o receio é o uso alargado desse princípio a justificar a negativa do direito posto e a criação de um novo direito pelas mãos do intérprete. Decidir é diferente de escolher, como sustenta STRECK, e as decisões devem evidenciar os critérios jurídicos sobre os quais se baseiam. (2017; p. 629)

3.2. O princípio da eticidade e a historicidade do primeiro Código

Nesse sentido, o primeiro dentre os princípios norteadores do Código Civil é o da eticidade, em claro apoio à importância da moral na orientação das relações sociais. Desnecessário discorrer sobre a importância da ética como fundamento da vida social. Por outro lado, porém, não há – e nem nunca haverá – um único balizador para a ética, e, sob o pretexto de cumprir tal propósito, pode-se abrir ao intérprete um espaço que ultrapassaria o fim visado pelo legislador. Esse princípio é tão importante, quanto perigoso, no sentido de que sua aplicação pode abrir margens para um invasivo trabalho de interpretação.

Exemplos claros desse risco e da inexistência de um conceito único do que vem a ser a ética podem ser encontrados no próprio discurso de REALE, quando enfatizou, dentre outros méritos do novo diploma legal, o apelo à ética, distanciando-se, segundo ele, do individualismo tão característico do Código de 1916, inspirado no Estado Liberal. (REALE, 2003)

Mas, acerca de tal afirmação de REALE, é necessário recorrer à historicidade do primeiro Código, para não corrermos o risco de lhe atribuir, ainda que indiretamente, uma suposta falta de ética que precisasse ser suprida pelo Código de 2002.

²⁸ Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior e Helena Lanna Figueiredo escrevem sobre os riscos que podem advir da adoção de cláusulas abertas: *“Destarte, estabeleceu-se o risco de juízes menos afeitos à sistemática e à ideologia da codificação de adotarem critérios próprios de uma postura discricionária e decisionista, produzindo julgamentos que atendem mais às suas orientações subjetivas do que à finalidade e ao respeito ao direito positivo. Por esta razão, a revisão do negócio jurídico, que deveria ser exceção, passou, com frequência, a ser regra, diante da tentação do órgão judicial de promover uma justiça fora e além, muitas vezes, da ideologia do nosso direito positivo, ampliando o intervencionismo judicial no contrato em proporções incompatíveis com a autonomia negocial e a segurança jurídica do mercado.”* (THEODORO JÚNIOR. FIGUEIREDO. 2021; p. 128)

Como PERLINGIERI afirma, “[o] conhecimento jurídico é uma ciência jurídica relativa: precisa se levar em conta que os conceitos e os instrumentos se caracterizam pela sua relatividade e por sua historicidade. É grave erro pensar que para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos.” (1998; p. 1-2).

O direito se molda e se adapta a mudanças da sociedade; sem esse aspecto dinâmico perderia sua efetividade, visto que seu papel é o definir as estruturas de organização e funcionamento da sociedade.

Como ATIYAH pondera, reconhecer que os valores da sociedade atual não são mais os mesmos do final do Século XX não significa que estamos, ou que queremos, denegrir nossos antecessores. Rever e modernizar conceitos de forma a fazê-los conformes aos valores hoje considerados relevantes não envolve nenhum julgamento sobre quão melhor são os valores atuais quando comparados com os do passado. (2001; p. 11).

O legislador de 1916 também pretendeu um Código ético e o fez consagrando o individualismo, o respeito à autonomia privada e à vontade dos agentes. Seria, a rigor, incompatível com a ideia de Direito supor que o mesmo não fosse ético; a ideia de ética é subjacente ao Direito.

Para não haver dúvidas, retomemos a doutrina de BEVILACQUA (1940; p. 24):

“II. Mas não é sómente nas abobadas do edifício juridico que as obrigações fazem ecoar o ruído de seu funcionamento. Os dictames da moral presidem ao seu nascimento e as acompanham em sua acção social, prestando apoio ás injunções juridicas, ás quaes, entretanto, algumas vezes se antepõem.”
(grifo nosso)

BEVILACQUA desenvolve, então, sua ideia de que ocorrem interseções entre o direito e a moral em três situações distintas. Primeiro, quando o direito reprova um determinado ato ou conduta da mesma forma que o faz a moral e pelos mesmos motivos. Na segunda situação, o direito determina o que determina a moral, mas por motivos diferentes, como no caso de descumprimento de uma obrigação. Para o direito, a inadimplência de uma obrigação gera uma lesão para a parte que nela confiou e um prejuízo aos ‘mais elevados interesses da sociedade’. Para a moral, não há alternativa que não dar cumprimento ao compromisso (por uma questão de veracidade e honestidade). No último grupo de possibilidades, direito e moral se desencontram, como nos casos em que o direito reconhecia pactos usurários ou, ainda, em que

ocorre a prescrição. A estabilidade social reclama a existência da prescrição, mas, do ponto de vista moral, não há que se falar em prescrição de uma obrigação assumida (BEVILACQUA (1940; p. 24-25).

Vê-se, portanto, que mesmo nas situações em que moral e direito se contrapõem, o motivo reside na utilidade social do reconhecimento da prescrição em determinadas situações. Não se trata, propriamente, de validar aquilo que é imoral; mas de resolver uma situação em que o conflito de valores – obrigação de cumprir obrigação x estabilidade social – exige que o direito faça uma escolha e a escolha feita é pela sedimentação das relações, evitando inseguranças ou instabilidades.

A ética, de certa forma, evoluiu junto com a sociedade, acompanhou os movimentos e novos parâmetros que se solidificaram ao longo do tempo; isso não torna a obra de BEVILACQUA antiética, mas, tão somente, merecedora de uma atualização em sua leitura e compreensão, mais ajustada aos novos tempos e aos novos anseios e conquistas da humanidade.

O Direito tem as suas épocas, como afirmou Karl Engisch, de quem se extrai:

“Novos fenômenos técnicos, econômicos, sociais, políticos, culturais e morais têm de ser juridicamente apreciados com base nas normas jurídicas preexistentes. Ao ser o Direito obrigado a assumir posição em face de fenômenos e situações que o legislador histórico de maneira nenhuma poderia ter conhecido ou pensado, ele cresce para além de si mesmo” (2014; p. 16 e 173).

Luiz Osório Moraes Panza, em artigo sobre direito e historicidade, nos lembra que “A verdade, ou as verdades, consiste na aceitação do meio imposto pela norma e pelas regras sociais, porém com várias facetas diante das mudanças paradigmáticas do tempo, pois, afinal de contas, passamos da pré-história para a história antiga; desta para a Idade Média; a seguir, a Idade Moderna foi o centro das atenções; na sequência, a Idade Contemporânea resumiu o pensamento subjetivo do homem e da multiplicidade de relações; e, ao final, a atual Idade Pós-Moderna revela-nos o medo e a fluidez das relações humanas. E, **para cada uma delas há a busca do real e do aceitável em termos de valores humanos e sociais**. Por conta disso é que nos preocupamos em saber o que cada fase histórica do direito preocupou-se em mostrar para o mundo quanto aos seus avanços.” E, ao final, conclui: “**Para cada momento histórico/social vivido há uma nova perspectiva de vida**. O homem é fruto do tempo e por ele acaba se transformando.” (2013; p. 102 e 119). (grifos nossos)

Dada a indiscutível mutabilidade das estruturas e das relações sociais, seria praticamente impossível estabelecer um critério ético atemporal ou idêntico para diferentes culturas. Não raro, agentes contemporâneos têm visões distintas acerca do que é ético ou antiético, que dirá agentes distanciados por um século de transformações estruturais.

Sob essa perspectiva, o Código Civil de 1916 resistiu a um longo percurso e as principais mudanças nele introduzidas advêm de novos padrões e estruturas sociais, culturais, econômicas e tecnológicas da sociedade, que levaram a um redimensionamento do direito civil. Ainda assim, tivessem a doutrina e a jurisprudência se amoldado mais rapidamente à evolução dos tempos, talvez menor fosse o número de alterações introduzidas em 2002. Se considerarmos a extensão das mudanças pelas quais o País e o mundo passaram ao longo do Século XX, incluindo a constitucionalização do direito civil, não há como não reconhecer que inúmeros dispositivos e conceitos do Código de 1916 tiveram o mérito de sobreviver à reforma introduzida pelo legislador em 2002.

3.3. O princípio da socialidade

O segundo princípio, o da socialidade, que levou à prevalência dos direitos coletivos e da sociedade em detrimento do indivíduo, naquilo que representar um conflito. Mais uma vez aparece a crítica ao caráter individualista do Código de 1916. O impacto social ganhou relevo, força das transformações ocorridas no final do século XIX e, especialmente, do século XX, de onde ser necessária a reformulação e atualização da legislação civil, sem, contudo, esquecer, como já mencionamos acima, que, para BEVILACQUA o fundamento último das obrigações ‘é o interesse da sociedade, harmonizando-se com o dos indivíduos’ (1940; p. 19-20).

A moderna economia gerou um expressivo alargamento das políticas públicas; várias são as situações em que o Estado impõe os limites de conformação dos negócios, tais como nas relações de trabalho, de consumo, relativas ao sistema financeiro, à proteção da livre concorrência, entre outros, isso sem falar na própria prestação de serviços públicos por particulares, que, evidentemente, ficam restritos à política e aos fins pretendidos pelo Estado. Outra necessária modernização da legislação decorre da hoje reconhecida importância de serem levados em consideração os efeitos dos contratos não somente sobre o patrimônio das partes, mas também sobre terceiros e a comunidade, como nos casos envolvendo a concorrência ou o meio ambiente, aspectos esses não presentes na teoria liberal inspiradora do Código de 1916. A compreensão acerca das externalidades que podem decorrer dos pactos privados e a necessidade de regulá-los constitui importante evolução do instituto.

Mas, ainda que sejam inegáveis a importância da criação e respeito a políticas públicas e o imperativo de regular externalidades negativas de pactos privados, não se pode atribuir a tais princípios fim outro que não o da melhor coordenação da sociedade, evitando-se, a qualquer custo, que sejam usados de forma ideológica ou política. A prevalência do coletivo sobre o individual representou, indubitavelmente, uma mudança de parâmetro por parte do legislador. Cabe à sociedade, aos magistrados em especial, coordenar essa integração de forma a fazer realizar o plano constitucional, tal como desenhado pela assembleia constituinte, despindo-o de planos ideológicos de uma ou outra categoria ou de interesses que não o da sociedade como um todo.

A tarefa de conciliar o coletivo com o individual não é trivial, principalmente porque grande foi o impacto trazido pelo Código Civil de 2002 nesse particular, a julgar, exemplificativamente, pelas alterações feitas no instituto da posse, com redução significativa no prazo de usucapião e, a rigor, a atribuição de um poder expropriatório ao juiz de que trata o artigo 1.228 do Código, o qual REALE considerava conter um caráter revolucionário²⁹, que seria inconcebível ou, ao menos, reprovável sob a ótica do Estado liberal.

Nesse contexto, vemos com preocupação o alvoroço em torno das reformas introduzidas na virada e início do Século XXI, não pelo seu mérito, mas, principalmente, pelo uso ideológico que facilmente pode ser extraído das mesmas. As alterações foram muito relevantes, mas não modificaram a estrutura básica da sociedade brasileira, fundada em uma economia cujos meios de produção não são centralizados ou monopolizados pelo Estado; os meios de produção estão distribuídos entre os agentes privados e dessa circunstância derivam conceitos e princípios que precisam ser respeitados, sob pena de não se ter um ordenamento jurídico coeso e harmônico. Se os meios de produção são detidos e geridos por particulares, outra não pode ser a solução que não permitir a esses particulares que estabeleçam regulamentos próprios e que se autorregulem nas relações que estabelecerem uns com os outros.

A capacidade de contratar é tanto uma manifestação da autonomia privada, assegurada pela Constituição, quanto uma necessidade de assegurar a autorregulação em uma economia não socializada. Social, como alertou PERLINGIERI (2008; p. 251-252), não significa, do ponto de vista técnico, socialista, e o direito não pode se furtar a respeitar tal distinção e a dar

²⁹ *In* Visão Geral do Novo Código Civil, palestra proferida em 11.06.2002, no Seminário ‘O Novo Código Civil e as Recentes Reformas do CPC’.

efetividade aos institutos inerentes à uma economia social, mas não socialista.

A mesma linha de raciocínio é encontrada em Humberto Theodoro Júnior e Helena Lanna Figueiredo, para quem “... o Direito dos Contratos é o instrumento de realização do ‘programa’ econômico e social traçado na Carta Constitucional, e sua aplicação sofre as mesmas tensões que os valores e princípios nela enunciados. O tratamento adequado das relações de troca cristalizadas em contratos será, portanto, capaz de assegurar a ordem econômica e social ditada no texto constitucional. O desenvolvimento social está condicionado à forma com que os agentes do mercado irão contratar e o projeto de desenvolvimento terá sucesso conforme esses contratos cheguem ou não a produzir os efeitos que neles se projetaram.” (2021; p. 111)

3.4. O princípio da operabilidade

Por fim, fundou-se o Código Civil de 2002 pelo princípio da operabilidade, caracterizado pela necessidade de tornar o direito concreto e efetivo, facilitando sua interpretação e aplicação. Exemplo desse princípio, segundo REALE, residiria na distinção entre prescrição e decadência, assim como, segundo o autor, no recurso a cláusulas gerais, que, diante da indeterminação do preceito, transfere ao magistrado a incumbência de tornar concreto o direito aplicável ao caso, com base em princípios gerais orientadores, método de interpretação e aplicação do Direito já recepcionado pela Constituição de 1988, como visto anteriormente.

A funcionalidade é um atributo intrínseco ao Direito; o Direito é uma ferramenta que organiza e torna possível o arranjo social. Se o direito não der concretude aos comandos e garantias constitucionais, não cumprirá sua função. Mas sua funcionalidade tem que ser exteriorizada com consistência e sem comprometer a segurança jurídica e a confiança no ordenamento jurídico. Tornar efetivo o Direito é aplicá-lo de forma coesa e fundamentada, atendendo aos princípios traduzidos pela legislação constitucional e ordinária, tal como se exige em sociedades democráticas, com base na ideia básica herdada dos romanos, de que os iguais devem ser tratados de forma igual, e os diferentes de forma diferente, na medida da diferença³⁰.

³⁰ No que diz respeito à teoria dos contratos no Direito brasileiro, temos especial preocupação com a interpretação que se possa querer atribuir a tal ideia fundamental de tratar de forma igual aqueles que são iguais e a dar tratamento diferenciado para aqueles que são diferentes, na medida da diferença, base da formação romanística. Tal concepção **não** pode ser equiparada à concepção aristotélica de justiça comutativa. Como referido na parte introdutória deste trabalho, a vinculação do contrato a uma justiça comutativa nasceu com os escolásticos no Século XVI, que se propuseram a sistematizar as lições deixadas pelo Direito Romano, base do direito civil ocidental, e pelas decisões

Em decorrência desses princípios de eticidade, socialidade e operabilidade, foram positivados pelo Código Civil os princípios da boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social, que, ao lado dos clássicos princípios da liberdade de contratar, força obrigatória dos contratos e eficácia relativa, hoje regem os contratos no Direito brasileiro.

Houve, com essa evolução da legislação, uma reconfiguração dos limites contratuais, mas não a sua reinvenção ou anulação, até porque a boa-fé e o equilíbrio econômico não eram totalmente estranhos ao instituto, sendo necessário reconhecer que a função social dos contratos afigura-se como o princípio mais desafiador no que diz respeito à sua compreensão e aplicação, não só pela novidade que representa, mas, em especial, porque sua generalidade e abstração podem servir como ferramenta de politização e uso ideológico da lei, ao invés de critério balizador de sua aplicação aos casos concretos. O contrato, na moderna economia, na moderna sociedade e na atual codificação, está diante de novos desafios e horizontes, mas sua maleabilidade, qualidade corretamente ressaltada por COSTA (2013; p. 204), o mantém como peça fundamental na coordenação dos negócios e relações. Os princípios positivados em 2002 não alteraram nem reduziram tal qualidade.

3.5. A boa-fé

A boa-fé sempre permeou as relações contratuais, mesmo antes de 2002. Como observa COUTO E SILVA, em obra que antecede a entrada em vigor do Código Civil, a boa-fé, embora não estivesse positivada no Código Civil de 1916, como ocorria com o Código Civil alemão, já estava contemplada no Código Comercial de 1850, no artigo 131, como ferramenta balizadora da atividade de interpretação de cláusulas contratuais. Cita o autor:

‘Contudo, a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao §242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O

das Cortes Inglesas, fundamento do direito consuetudinário (*common law*), recorrendo, nesta tarefa, aos ensinamentos de Aristóteles e Tomás de Aquino. Nos séculos subsequentes, porém, o direito civilista caminhou no sentido de privilegiar a vontade como fundamento do contrato – e não necessariamente a comutatividade da troca por ele ensejada – enquanto a *common law* seguiu caminho diverso. A justiça comutativa como fundamento do contrato, embora possa parecer óbvia e intrínseca ao Direito, não está enraizada na história do direito civil ao qual se filiaram os Códigos Cíveis brasileiros de 1916 e de 2002. Por esta razão, vemos com ressalva o apoio de parte da doutrina brasileira ao argumento aristotélico, como o fazem THEODORO JUNIOR e FIGUEIREDO (2021; p. 142, Nota de Rodapé 53): “*Convém lembrar a lição de ARISTÓTELES: ‘Mas a justiça nas transações entre um homem e outro é efetivamente uma espécie de igualdade, e a injustiça uma espécie de desigualdade (...) de acordo com uma proporção aritmética.’ (Ética a Nicômaco. Trad. Leonel Vallandro e Gere Borhneim. São Paulo: Abril cultural, 1973, p. 326; apud MARTINS-COSTA, Judith. Grande Sertão: Veredas. In: O que os grandes livros ensinam sobre justiça. Org. por José Roberto de Castro Neves. Rio de Janeiro; Nova Fronteira, 209, p. 51, nota 18).*”

mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam. (...). (2011; p. 33).

Com a positivação do princípio em 2002, entende a doutrina que foram criados vínculos paralelos, deveres acessórios, aos quais as partes estão vinculadas e que configuram fonte autônoma de direitos e obrigações. Segundo REALE, o peso atribuído à boa-fé no novo Código constitui uma das diferenças mais relevantes entre os dois diplomas.

E, de fato, se a doutrina e jurisprudência reconhecerem como mandatórios os comportamentos que exsurtem da boa-fé, tratando como exigíveis as condutas necessárias à plena efetividade do arranjo contratual, ainda que não previstas de forma literal pelas partes, a positivação do princípio significa um salto qualitativo na interpretação e execução dos contratos. A finalidade pretendida pelas partes ganha o protagonismo que merece na teoria geral dos contratos e reforça a importância do instituto, tanto é que COSTA comenta: “[a] relação obrigacional nasce e desenvolve-se com vista ao objectivo que lhe dá vida e confere razão de ser: o cumprimento.” (2013; p. 113). Todo o esforço no sentido de conferir concretude ao plano contratual acertado pelas partes, sem criar ou modificar o ajuste original, encontra respaldo no direito e foi de vez fortalecido pela positivação da boa-fé objetiva introduzida pelo Código Civil de 2002.

Mesmo sendo a boa-fé seja uma cláusula do tipo aberta, sua aplicação tem o poder de conferir maior efetividade aos objetivos pretendidos pelas partes quando da celebração do contrato. THEODORO JÚNIOR e FIGUEIREDO pontuam que a interpretação do contrato “deve levar à sua *máxima eficiência*, não se descurando da natureza do ajuste, de modo a permitir que os contratantes alcancem os objetivos legitimamente esperados com a celebração do negócio jurídico.” (2021; p. 135)

Não pode, porém, sob hipótese nenhuma, significar a criação de obrigações pelo magistrado. Sua função é a de permitir que os direitos e obrigações assumidos sejam exercidos ou cumpridos em sua plenitude, mesmo que as partes não tenham antevisto todas as situações e singularidades do caso concreto. Não cabe ao intérprete apoiar-se na boa-fé para determinar a observância de uma conduta que, a seu ver, é conveniente ou preferível. A intervenção do juiz é necessária para fazer cumprir o projeto estabelecido pelas partes e não para inserir, excluir ou redimensionar a finalidade para a qual o contrato foi criado.

Em artigos publicados em junho e em agosto de 2003, REALE exalta a importância da inserção do artigo 113 e da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro, determinando que ‘os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.’ Para o jurista, esse comando deve ser visto como norma fundante do sistema, como diretriz hermenêutica, que dá sentido às demais. A boa-fé seria, assim, um ‘dos princípios diretores que o distinguem do individualismo do código revogado de 1916.’

No mesmo sentido, comenta Anderson Schreiber, em interessante estudo sobre equilíbrio contratual: “(...) Nesse contexto, a releitura do direito civil à luz dos novos valores consagrados na Constituição tornou-se imperativa para evitar a colisão entre os novos textos constitucionais, fundados em uma visão mais humanista e solidária do Direito, e as codificações civis, ainda inspiradas na ideologia liberal, individualista e patrimonialista que havia sido consagrada com a Revolução Francesa e as demais revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX. (2018; p. 24).

Não se questiona a importância da positivação da boa-fé, até porque não era de todo desconhecida em nosso ordenamento e, a rigor, aplica-se não só o direito das obrigações, mas ao direito como um todo³¹, estando ou não positivada. Mas, no que diz respeito aos contratos e à sua interpretação, a boa-fé é um conceito ligado à conduta das partes naquilo que se faz necessário para cumprir o contrato, e não um conceito que possa permitir o redesenho do conteúdo contratual, sob argumentos baseados na visão do magistrado acerca do caráter igualitário do pacto ou de sua equidade ou inequidade.

O que queremos dizer com isso é que, paradoxalmente, a grande carga depositada na boa-fé objetiva como fundamento do contrato, o que, à primeira vista, restringiria a autonomia privada, serve, ao mesmo tempo, como reforço à tese da vontade como fundamento de validade do instituto. A boa-fé objetiva exige que a conduta das partes seja moldada à finalidade a que o contrato se destina a cumprir, podendo ora impor limites ora obrigações adicionais, sempre com vistas à consecução do objetivo contratual e de seu escopo econômico, tal como manifestado pela vontade das partes contratantes.

³¹ ATIYAH cita decisão de todo aproveitável à discussão: “As Lord Reid said in *Gollins v. Gollins*, ‘**life would be impossible in modern conditions unless on the Highway and in the market place we were entitled to rely on the other man behaving like a reasonable man.**’ (1979; p. 771) (grifo nosso). A respeito, diríamos que a vida seria impossível em qualquer contexto, não somente na moderna condição.

A boa-fé como princípio positivado pelo Código não deslocou a vontade como fundamento do contrato; a nosso ver, aliás, revigora aquele fundamento, aperfeiçoando a execução do pacto, aproximando as partes da substância do objeto contratual, relegando a forma a um segundo plano, diferentemente do que ocorria sob a égide do Código Civil de 1916. A boa-fé objetiva não é uma autorização para o magistrado opinar sobre o que acha que as partes deveriam fazer ou ter contratado. A boa-fé objetiva é a ferramenta que o magistrado dispõe para fazer cumprir a finalidade à qual se destina o contrato, exigindo das partes condutas que levem à efetiva concretização do fim pretendido.

A boa-fé objetiva positivada em 2002 tem origem nos Códigos alemão e italiano. THEODORO JÚNIOR esclarece-nos que no direito civil alemão a relação entre contratantes é formada pelo conteúdo gerado pela vontade das partes, mas também pelo que se depreende do princípio de confiança e da boa-fé, que atua como fonte de obrigações acessórias. No direito italiano, a boa-fé serve à interpretação da declaração da vontade e atua como função integrativa da relação formada a partir do contrato (2014; p. 25).

Embora REALE tenha feito expressa referência ao artigo 113 do Código Civil, há dois outros artigos – 187 e 422 – que refletem o papel da boa-fé na ordem jurídica brasileira e merecem ser comentados. Os dois primeiros artigos (113 e 187) estão compreendidos no Livro Dos Fatos Jurídicos, nos Títulos relativos ao Negócio Jurídico e aos Atos Jurídicos Ilícitos, respectivamente, ambos fontes de obrigações, enquanto o último (art. 422) pertence ao Livro do Direito das Obrigações, no Capítulo destinado às Disposições Gerais aplicáveis aos contratos. Os três dispositivos refletem a técnica legislativa da cláusula aberta, transferindo parte do trabalho de compreensão e interpretação do texto para o magistrado. Do ponto de vista teórico, não há óbice a que assim seja, desde que o intérprete tenha clareza sobre o verdadeiro objetivo pretendido por cada um desses dispositivos legais.

O artigo 113, de acordo com o qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, constitui norma de natureza interpretativa; serve de ferramenta para que o magistrado possa fazer materializar os conteúdos contratuais que lhe são trazidos para apreciação.

Em 2019, o legislador pátrio promulga a Lei nº 13.874, de 20.09.2019, instituidora da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e, por meio dela, acrescentou dois parágrafos ao artigo 113³² do Código Civil, sendo o primeiro deles, a nosso ver, pouco útil, por representar conceitos ou princípios que já eram conhecidos ou praticados, embora haja quem na doutrina o veja como salutar, como THEODORO JÚNIOR e FIGUEIREDO, que veem no parágrafo em questão a superação de uma lacuna em nosso direito, qual seja, a ausência de lei definindo regras interpretativas, que, uma vez introduzidas, aproximam a legislação brasileira ao regime de outro códigos. (2021; p. 127)

Evidentemente que não há prejuízo na introdução de tais regras; nossa observação sobre sua (relativa) utilidade deve-se ao fato de que a novidade consistiu na positivação de regras de interpretação, as quais, contudo, já eram aplicadas. Não houve criação ou introdução de regra ou princípio antes desconhecido que pudesse representar uma reforma ou mudança estrutural do direito brasileiro; houve a ratificação, ou melhor, a atribuição de força legal a regras existentes.

O segundo parágrafo acrescido ao artigo 113 assegura às partes o direito de livremente pactuarem regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. Não se pode dizer que houve inserção de uma novidade conceitual relevante no ordenamento, especialmente porque tais regras de interpretação quando vierem a ser criadas pelas partes, estarão, necessariamente, regidas, devendo se ajustar e ser compatíveis com os demais preceitos e princípios do Código e, em última análise, da própria Constituição Federal. Regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios que não estejam previstas em lei não podem produzir resultado legalmente inadmissível. Interpretar, integrar e preencher lacunas, qualquer que seja a regra, somente pode levar a um resultado lícito e compatível com o fim a que se destina o contrato.

³² § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

O artigo 422, por sua vez, dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Aparecem aqui, claramente, os chamados deveres acessórios impostos às partes a que a doutrina se refere, que se integram ao todo pactuado. A boa-fé deve, portanto, permear a relação entre as partes do início ao fim; não basta que haja boa-fé durante as negociações, impondo-se que o comportamento se estenda e prevaleça em todas as etapas da relação.

Com isso, esteja ou não descrita expressamente no contrato, a obrigação existe se for fundamental à realização do objetivo contratual e, como tal, pode ser exigida por força de lei. Tudo aquilo que é necessário à consecução do negócio jurídico contratado, ao atingimento do fim pretendido pelas partes, constitui obrigação exigível. As partes, assim, estarão sujeitas às obrigações que são necessárias ou intrínsecas à finalidade por elas pactuada, assim como a um dever de conduta que exsurge da lei e se lhe impõe como norma de força cogente.

Por fim, o artigo 187 define como ato ilícito o exercício de um direito pelo seu titular em que são manifestamente excedidos os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Destina-se, com isso, a regular atos ilícitos que, embora sejam reconhecidos como fonte de obrigações, tal como os negócios jurídicos, com esses últimos não se confundem.

Embora não compreendido no Título dos Negócios Jurídicos, a menção ao artigo 187 se justifica por evidenciar o moderno fenômeno do direito que não se traduz exclusivamente como direito subjetivo, mas como direito-função (às vezes referido como poder-dever), que foi igualmente estendido e incorporado ao Direito das Obrigações; o direito, mesmo que reconhecido e tutelado pelo ordenamento jurídico, não se presta a ser exercido de forma totalmente irresponsável. É o que se depreende da leitura de COSTA quando afirma que “[d]o mesmo modo, cabe entender a palavra ‘direito’ utilizada pelo art. 334³³ num sentido amplo, abrangendo, não apenas os verdadeiros e próprios direitos subjectivos, mas ainda outras situações, posições ou figuras que não recebam essa qualificação técnica, como sejam os meros poderes, liberdades ou faculdades diretamente resultantes da capacidade jurídica (ex.: a faculdade de contratar). Ponto decisivo é que o comportamento do agente mereça a reação da ordem jurídica prevista para o abusivo ou disfuncional exercício de um autêntico e concretizado

³³ O art. 334 do Código Civil português é bastante similar ao art. 187 do Código Civil brasileiro e dispõe: É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

direito.” (2013; p. 87)

A interseção entre os artigos 113 (interpretação segundo a boa-fé) e 422 (tanto a conclusão quanto a execução do contrato devem se dar segundo princípios de probidade e boa-fé) com o artigo 187 (exercício abusivo de direito como ato ilícito) deve ser feita de forma a respeitar o que esses dispositivos têm em comum – o direito visto como direito-função – e o que não têm em comum – os primeiros dispõem sobre a sujeição dos negócios jurídicos à boa-fé; o último, sobre atos considerados ilícitos pelo desrespeito à boa-fé. Todos tratam de boa-fé, mas não se pode esquecer que contratos e delitos são fontes distintas de obrigações.

3.6. A função social do contrato

Coube ao artigo 421 a introdução da função social do contrato como norma positiva no direito brasileiro. Em sua redação original, o artigo dispunha que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Em 2019³⁴, o legislador alterou o Código Civil e retirou do artigo 421 a expressão “em razão”, força do que hoje a liberdade de contratar deve ser exercida “nos limites” da função social do contrato.

Há várias formas de se interpretar tal modificação. Uma delas é que a alteração é mero fruto da ideologia dominante no governo que a editou, e, como tal, incapaz de alterar o conteúdo do dispositivo em questão, originalmente concebido em harmonia com o texto constitucional.

Outra forma de analisar a questão, que faz mais sentido e está em consonância com o ordenamento, é a compreensão de que a função social não figura como norma interpretativa ou integrativa, à semelhança da boa-fé nos artigos 113 e 422, mas como princípio norteador. Exigir que a liberdade de contratar seja exercida “em razão” da função social conflitaria com a noção de livre iniciativa e livre concorrência consagradas em patamar constitucional.

A função social deve ser vista como um delimitador dos limites a que os contratos podem recorrer; elegê-la como “missão” do contrato, como objetivo de seu conteúdo, implicaria uma revisão da ordem econômica constitucionalmente prevista, já que tal fundamento – “em razão da função social” – autorizaria, em tese, a intervenção e, talvez, até a expropriação de bens de produção, visto que todo uso privado de um bem de produção com propósito ou capacidade de gerar lucro poderia significar infração àquele comando.

³⁴ A alteração veio por meio da Lei nº 13.874, de 20.09.2019, já citada, instituidora da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

O mesmo se poderia dizer sobre um contrato de fornecimento de insumos por um fornecedor a uma empresa dedicada à fabricação de artigos de luxo consumíveis por uma parcela mínima da população; em que medida tal contrato teria sido celebrado ‘em razão’ de sua função social se seu objetivo é regular bem acessível a menos de 1% (um por cento) da população? E, por não atender ao comando “em razão da função social”, tal contrato não seria válido? Admitir tal linha de raciocínio seria, de todo, absurdo, visto que não se poderia retirar de tal instrumento sua validade e eficácia, se atendidos as demais prescrições legais. A atividade econômica é totalmente dependente da existência de contratos, quer do ponto de vista da doutrina econômica, quer do ponto de vista da doutrina jurídica.

A função social a que se refere o código, como vem sendo defendido pela doutrina, é aquela oriunda de interesses coletivos, tais como a proteção ao meio ambiente, a proteção ao consumidor, a tutela da livre concorrência, onde há um interesse institucional a ser preservado e não a mera pluralidade de atingidos. O contrato entre partes não pode gerar efeitos negativos para a comunidade, nisso residindo a sua função social.

Rodrigo Garcia da Fonseca afirma que ao “prestigiar a socialidade, e especialmente a função social do contrato, o legislador pretendeu que as relações entre as pessoas e as empresas não sejam mais vistas apenas naquilo que toca às partes envolvidas, mas que se considere também tudo que possa ter efeitos extrapartes, afetando de alguma forma o meio social.” (2007; p. 28)

E o autor cita, ainda, Teresa Negreiros, para quem a “premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas”³⁵.

Trata-se, portanto, de considerar essencialmente externalidades negativas. Não se trata de um mandamento dirigido ao conteúdo contratual, mas de um delimitador quanto à produção de efeitos sobre terceiros. Entendemos que não se pode estender os efeitos do artigo 421 aos aspectos internos do contrato, sob pena de exigir-lhe função que não lhe cabe, além de impor limite não previsto constitucionalmente, a despeito do Enunciado nº 360 aprovado pela IV

³⁵ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato. Novos Paradigmas. 1ª edição. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. p. 206. Apud FONSECA, Rodrigo Garcia da (2007; p. 28).

Jornada de Direito Civil de 2006, segundo o qual, o “princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”, ideia com a qual não concordamos, em especial dada a abstração contida na proposta e no risco que dela pode advir para a teoria geral do contratos, como acreditamos ter sido identificado em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, objeto da Nota 38, mais adiante.^{36 e 37}

E essa delimitação é da máxima importância, pois isto significa definir qual é o bem tutelado pelo artigo 421, principalmente após a alteração de sua redação em 2019, com a exclusão da expressão “em razão” [da função social].

O Código Civil de 2002 tem como um de seus princípios orientadores, como abertamente declarado, a operacionalidade do direito. A operacionalidade, a seu turno, é dependente do respeito a um postulado maior que, embora não explicitado ou verbalizado pelos autores do novo diploma, é inafastável em direito – que é o postulado da necessária coesão, da coerência do ordenamento jurídico, que não sucumbe nem mesmo a aparentes (ou concretas) contradições de princípios ou de valores, que, se ocorrem, devem ser dirimidas pelas regras de interpretação aceitas (norma posterior revoga anterior; lei superior sobrepõe-se a inferior, entre outras).

Neste sentido, é imperativo recordar que a Constituição Federal contempla uma ordem econômica de livre mercado, livre iniciativa e livre concorrência, afastando-se aqui qualquer conotação ou exploração política que a frase possa sugerir. Ao tratar do papel do Estado como agente indutor da atividade econômica ou, se se preferir, ao prever o dirigismo pelo Estado, a Constituição Federal estatui em seu artigo 174 que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo

³⁶ Enunciado disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2022.

³⁷ Durante a I Jornada de Direito Civil, o artigo 421 do Código Civil foi objeto de três Enunciados – 21, 22 e 23, que assim se transcrevem, respectivamente: “21 – A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos contratos em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.”; “22 – A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.”; e “23 – A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.” Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2022.

e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Temos, portanto, que lidar com a seguinte combinação de elementos: postulado da necessária coerência do ordenamento jurídico; Constituição Federal garantista; ordem econômica fundada no livre mercado, livre iniciativa e livre concorrência; reconhecimento à propriedade privada, observada sua função social; liberdade de contratar a ser exercida nos limites da função social do contrato.

Daí é que se depreende que a função social delimitadora da liberdade de contratar deve ser aquela representada por interesses coletivos, da própria sociedade (consumo, meio ambiente, trabalho), mas cuja proteção não impede a concreção dos demais princípios nos quais se funda a ordem econômica brasileira.

O desafio posto pelo artigo 421 é grande ao falar em função social do contrato. Recorde-se que, ao disciplinar a função social da propriedade, o legislador infraconstitucional cuidou de expressamente prever a redução de prazos cujo transcurso assegura ao titular da posse o direito de tornar-se titular também da propriedade. Ou seja, mesmo que a função social da propriedade seja uma cláusula aberta, tanto quanto a função social dos contratos, a legislação ordinária veio oferecer requisitos objetivos dessa limitação (embora não exaustivos).

Diferente é o caso da função social do contrato, cuja compreensão dependerá do que a doutrina e a jurisprudência, especialmente esta última, vierem a definir como tal, sendo desde já oportuno citar o julgamento do Recurso Especial 1.924.526, que tratou de tema de extrema relevância para a sociedade, qual seja a rescisão unilateral de plano de saúde coletivo envolvendo um idoso, e no qual o tribunal, por maioria, reconheceu o direito à rescisão, e ponderou: “[a] função social do contrato não pode ser usada para esvaziar por completo o conteúdo da função econômica do contrato.”³⁸

A considerar tal afirmação, conciliatória dos comandos constitucionais, percebe-se que o alcance e o propósito do princípio em questão têm por escopo mitigar eventuais externalidades negativas que possam afetar interesses tutelados pela norma constitucional ou mesmo pela legislação ordinária, tais como consumidores, trabalhadores, grupos que de alguma forma sejam hipossuficientes, o meio ambiente e a concorrência. Não se destinam a afetar ou impactar

³⁸ Recurso Especial nº 1.924.526. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. Relator para Acórdão. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 22/06/2021. DJe: 03/08/2021.

elementos internos do contrato, que devem ser preservados e cumpridos na extensão e conteúdo pactuados, e cujos problemas são solucionados por outros princípios.

Por esta razão acreditamos que o tribunal ressaltou a importância de não se permitir o esvaziamento da finalidade econômica do contrato. A função social do contrato não se presta a corrigir, por exemplo, um eventual desequilíbrio contratual, que, se ocorresse, reclamaria a aplicação do princípio da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que será abordado mais adiante, e não o da sua função social.

Um outro olhar acerca do tema função social do contrato foi introduzido pela VIII Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, de 2018, ao aprovar o Enunciado 621, de acordo com o qual os “contratos coligados devem ser interpretados a partir do exame conjunto das cláusulas contratuais, de forma a privilegiar a finalidade negocial que lhes é comum”.

Na justificativa o referido Enunciado, prevaleceu o entendimento de que os contratos devem ser interpretados de forma sistemática e que, “tal como a cláusula contratual deve ser interpretada à luz do contrato como um todo, no caso de coligação contratual, cada contrato deve ser analisado à luz do grupo de contratos em que se insere, tendo em vista a sua finalidade comum”, tendo, ainda, sido afirmado que tal entendimento, consagrado pelo Código Civil argentino, embora não contemplado pelo Código Civil brasileiro, encontra ressonância no artigo 421, “já que o dispositivo **indica a tutela da liberdade de contratar** indicando a **importância de se considerar a função socialmente buscada pelo contrato, sua razão e seu limite nos termos do legislador.**”³⁹

Vemos nesta justificativa a criação de uma vinculação da função social do contrato à função econômica pretendida pelas partes, leitura esta que não é facilmente apreendida a partir da leitura formal do artigo 421 do Código Civil brasileiro, mas que poderá se consolidar na cultura jurídica brasileira, a partir desse Enunciado.

3.7. O equilíbrio econômico-financeiro

Sobre o equilíbrio econômico-financeiro, ele não aparece positivado no Código Civil

³⁹ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2022.

sob tal nomenclatura, mas é construído por indução, como observa Francisco Paulo de Crescenzo Marino, ‘a partir de algumas figuras, designadamente a lesão e a excessiva onerosidade superveniente’, às quais podemos acrescentar outro instituto jurídico, qual seja, o estado de perigo. O autor cita Antonio Junqueira de Azevedo, para quem a boa-fé e a função social seriam ‘princípios normativos’, enquanto o equilíbrio econômico-financeiro seria um ‘princípio interpretativo’. (2020; p. 40)

Percebemos essa estrutura como parte da herança do Direito Romano, dedicado a regular situações ou institutos específicos, sem se dedicar a uma sistematização geral, que só viria a ocorrer séculos depois. A situação é similar; o princípio do equilíbrio do contrato não é positivado como tal, precisando ser construído de forma sistemática a partir de institutos definidos pelo Código Civil, como os artigos 156 e 157, que tratam do estado de perigo e lesão, respectivamente, o artigo 317 que disciplina a desproporção manifesta superveniente, além dos artigos 478 a 480, dedicados à resolução e revisão contratual por onerosidade excessiva⁴⁰.

A ausência de um princípio positivado de equilíbrio contratual ou de equivalência de prestação chama atenção.

Se o Código Civil de 2002 cuidou de positivizar a boa-fé e a função social do contrato, fica a dúvida sobre o motivo pelo qual não o fez com relação ao equilíbrio de prestações como requisito originário de validade do pacto. Seria porque à Teoria Geral dos Contratos continua a interessar a integridade do processo de formação do contrato e de manifestação da escolha, não necessariamente do conteúdo resultante daquela escolha? Ou porque ainda se acredita que, ao assegurar um processo equilibrado de formação contratual, o resultado será, igualmente,

⁴⁰ Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

paritário?

Esta indagação nos remete às discussões iniciais deste trabalho acerca do fundamento de validade dos contratos. Tal visão – a de que a equivalência a ser investigada é a do processo de formação do pacto e não o de seu conteúdo – não é a visão aristotélica, como GORDLEY nos faz recordar. Em seu estudo “*Contract Law in the Aristotelian Tradition*”, o autor argumenta que teoria geral do contrato não cuida somente de saber se o acordo foi feito de forma voluntária. Cuida, na verdade, de saber se por meio de acordos voluntários as pessoas são capazes de obter o que querem para uma vida melhor, sendo justo com os outros. Mais adiante, no mesmo estudo, GORDLEY cita Tomas de Aquino para quem liberdade de contratar significa não somente que uma pessoa pode escolher fazer o que é errado, mas que há várias formas diferentes de escolher o certo, e nenhuma é a melhor delas.” (2007; p. 268-269)⁴¹

Outra é a posição da doutrina do Estado Liberal, à qual se filiou o Código Civil de 1916, e que tratou a vontade como elemento validador do pacto, sem se referir expressamente à ideia de aferição da equivalência das prestações. Tal omissão, naquele contexto histórico, deve ser bem compreendida, por não vermos nela, necessariamente, uma declarada negação ao conceito de equidade ou equivalência.

Os sistemas jurídicos de direito civil delineados sob a doutrina do Estado Liberal legitimaram a vontade como fundamento de validade do contrato, por ela representar a exteriorização da autonomia privada; prestigiou-se a forma como elemento validador, sem oferecer esclarecimentos explícitos acerca do impacto da substância do pacto para esta investigação.

ATIYAH estabelece um paralelo entre essa visão de prestígio ao aspecto procedimental de formação do contrato e a participação em um concurso ou jogo. Tanto em um quanto em outro, a lógica que prevalece é a de que é preciso que as regras sejam conhecidas e consideradas justas por todos, assim como devem ser aplicadas de forma imparcial; uma vez conhecidas e imparcialmente aplicadas as regras, envolvendo partes capazes de entender e jogar o jogo, não há que se discutir ou investigar se o resultado é justo ou não; o resultado decorre do processo e tem que ser aceito pelas partes como tal (2005; p. 296-297). Essa seria a concepção liberal de

⁴¹ Na dicção original: “*contract law is not merely concerned with whether an agreement was made voluntarily. It is concerned with how, through voluntary agreements, people are able to get things that help them live a better life while being fair to others. Consequently, it is concerned with the value of what is chosen.*” e “*Freedom of will, according to Thomas Aquinas, means not merely that one could choose to do wrong but that there are often different ways to choose rightly, no one of which is best.*”

contratos.

Assim, por acreditar na liberdade e na capacidade de cada um tomar decisões, a doutrina do final do Século XIX, ao eleger a vontade como fundamento, impôs aos contratos uma exigência de equivalência procedimental, qual seja, a igualdade das partes em negociar e contratar. Ao invés de prever a equivalência de conteúdo, a teoria liberal depositou no processo de construção do pacto o poder de gerar o resultado desejado de equivalência de contraprestações, assim entendida a troca entre duas pessoas, sem permitir que uma enriquecesse às custas da outra, e que a justiça acerca da troca somente poderia ser medida pelo próprio contratante⁴².

E não se pode dizer que tal opção seja, de todo, absurda, pois, como sintetiza Charles Fried, pessoas diferentes atribuem valor às coisas de modo diferente. A preferência é altamente subjetiva, razão pela qual cada um é o melhor juiz acerca do seu bem-estar. Só existe troca ou negociação quando o ato envolve partes informadas atuando de forma verdadeiramente livre; do contrário não há sequer troca. Capacidade de agir e informação são fundamentos do processo de negociação (1980; p. 95; 100-101).

Não só em relações entre indivíduos, mas também em relações empresariais, a atribuição de valor, justiça, conveniência e oportunidade pode variar de uma parte para outra, de um mercado para outro, sujeitando-se a inúmeras variáveis, muitas delas não declaradas contratualmente ou dificilmente perceptíveis pelo magistrado⁴³. O objetivo da parte está refletido no documento, mas a extensão de sua motivação, a razão pela qual resolveu aceitar determinada condição ou termo, pode não ser imediatamente identificável ou, ainda, pode parecer irrelevante para a outra parte ou mesmo para o julgador. Distinguir, a cada caso concreto, o que constitui quebra do equilíbrio econômico-financeiro do que representa simples resultado da alocação de recursos e riscos assumida pelas partes, exige um dedicado exercício de investigação dos fatos e uma responsável postura do intérprete, para não interferir na relação

⁴² GORDLEY critica essa visão ao afirmar que os juristas definiram contrato, delito e propriedade em torno da vontade sem explicar o que é a vontade e porque ela é importante. No original: “The jurists defined contract, tort and property in terms of will without explaining what the will is or why it matters.” (2007; p. 15).

⁴³ Oportuna a visão oferecida por tribunal americano (Schnell v. Nell) citada por Clarence D. Ashkey, que, embora baseado em direito consuetudinário, serve à presente discussão acerca da dificuldade de se valorar escolhas feitas pelas partes: “*In this case, had the one cent mentioned been some particular one cent, a family piece, or ancient, remarkable coin, possessing an indeterminate value, extrinsic from its simple money value, a different view might be taken.*” (Ashley, Clarence D. *In The Doctrine of Consideration*. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1326089>. Acesso em 09 de abril de 2022)

contratual para além do que lhe é autorizado pelo legislador, assim como para não compactuar com iniquidades, como aquelas às vezes promovidas pelo rigor formalista.

Por isso não se pode dizer que houve, necessariamente, uma negativa à necessidade de equivalência de prestações pelo Código brasileiro ao não a exigir de forma explícita. A nosso ver, é plausível considerar ter havido um manifesto receio de definir o que seja justo em cada caso, dada a subjetividade que tal avaliação exige, levando à opção de se exigir justiça na formação do pacto, no processo de negociação e aceitação da troca, de forma que o resultado produzido seria, sob a perspectiva das partes envolvidas, justo.

Na prática que se sucedeu ao longo do Século XX, a opção do Estado Liberal por equidade no processo de formação do contrato não levou aos resultados desejados, gerando a revisão de conceitos, mas isto não significa que a equivalência de prestações não tivesse nenhum valor para a doutrina liberal.

Daí porque resistimos à ideia de que a justa contraprestação fosse totalmente indiferente à doutrina liberal. A justa contraprestação era o resultado esperado de um justo processo de negociação entre partes iguais e informadas, até porque a permuta (no sentido de troca de bens que as partes consideram ter equivalência) é a forma mais antiga de contrato entre todos os povos. Partes que celebram um pacto buscam, necessariamente, uma situação melhor à que se encontram previamente ao acordo, segundo seus próprios critérios, interesses e subjetividades. Daí a grande dificuldade de se pré-estabelecer o que é equivalência de prestações; daí a grande dificuldade de se distinguir aquilo que, nos efeitos gerados pelo contrato, representa o risco assumido pelas partes daquilo que constitui situação injusta. Onde termina um (o risco) e onde começa o outro (a iniquidade) é matéria complexa, que dificilmente pode ser regulada aprioristicamente, somente sendo possível a partir da análise do caso concreto.

Mas reconhecemos que, no Brasil, a doutrina e jurisprudência do Século XX se desenvolveram tomando como base a vontade expressa das partes, com rigor formal, sem espaço para inquirições acerca da equivalência material do pacto – se a vontade esteve presente na formação do pacto, o mesmo seria vinculante para as partes, sem uma profunda investigação quanto ao seu conteúdo interno. A manifestação da vontade, por si só, bastava como fundamento de legitimidade. Talvez a jurisprudência e a doutrina tenham exagerado a dose de formalismo, esquecendo da origem do instituto – troca de bens segundo interesse das partes envolvidas – o que levou à necessidade de nova reflexão sobre o tema.

Exemplo dessa cultura jurídica excessivamente ligada ao formalismo é detectada em julgamento do STJ de 1994, em que foi Relator o Ministro Barros Monteiro, cujo voto sagrou-se vencedor por maioria, vencido o Ministro Ruy Rosado de Aguiar. O caso consistiu em ação de rescisão de compromisso de compra e venda, em que os autores (vendedores do imóvel objeto da disputa) pleitearam pedido de reintegração de posse e, ainda, com base em cláusula contratual, a perda de todas as quantias adiantadas pelos réus a título de preço de aquisição. O contrato em questão havia sido celebrado anteriormente ao advento de lei especial (Lei nº 8.078/90) que passou a reputar como nulas de pleno direito cláusulas que resultassem na perda total das prestações pagas a título de preço de aquisição do bem móvel ou imóvel.

O juiz de primeira instância aceitou o pedido de reintegração de posse, mas não a perda da totalidade das parcelas já pagas, determinando fossem as mesmas restituídas aos compradores, com atualização monetária. Diferente, contudo, foram as interpretações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do STJ, tribunais que apreciaram o caso em sede de recurso. Para os tribunais, havia cláusula expressa prevendo a perda das quantias pagas, não podendo os compradores socorrerem-se de lei posterior à celebração do contrato.

O STJ reduziu a discussão à impossibilidade de se aplicar retroativamente lei posterior ao ato, os quais regem-se pela lei em vigor ao tempo de sua confecção, fazendo, inclusive, referência a outros precedentes de mesmo conteúdo (i.e., irretroatividade). Nenhuma palavra disse o Relator acerca da justiça ou injustiça da situação.

Nesse ponto é que o Ministro Ruy Rosado de Aguiar formula seu voto vista, posicionando-se contrariamente ao Relator, afirmando que a perda da totalidade das prestações “caracteriza nítida perda de justiça por parte do promissário comprador”, ofende os princípios jurídicos que regulam a resolução e de acordo com os quais as partes devem ser trazidas à situação anterior (no caso, o promissário vendedor ficou com as prestações e com o bem imóvel), levando a um enriquecimento ilícito do vendedor.

Tanto o voto vencedor quanto o voto vencido revelam muito sobre o tratamento dado à teoria dos contratos pelo ordenamento brasileiro.

No que diz respeito ao voto vencedor, o magistrado ateve-se a um princípio (de fato existente e reconhecido) de irretroatividade da lei, sem dedicar qualquer palavra à iniquidade gerada pela situação, ainda que fosse para recusá-la ou para fundamentar o porquê do seu não reconhecimento. Prevaleceu o entendimento de que se a lei não retroage, e se há uma cláusula

contratual expressa, aplica-se a cláusula.

Não se verifica, no voto vencedor, referência ou relevância à injustiça no caso concreto e isso levando-se em conta que o julgado ocorreu sob a égide da Constituição de 1988 e do artigo 924 do Código Civil de 1916, segundo o qual, tendo sido cumprida em parte a obrigação, pode(ria) o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para mora ou inadimplemento. O Relator e os Ministros que o acompanharam foram totalmente indiferentes a esses aspectos, como se a lei pudesse validar o abuso, a iniquidade e a vantagem excessiva, o que é injustificável, mesmo sob o comando de um Código concebido sob a doutrina do Estado Liberal.

Quanto ao voto vencido, que teve o mérito de reconhecer a desproporção gerada pelo contrato assinado pelas partes, acompanhamos sua conclusão – o Poder Judiciário não pode validar injustiças. Disputamos, porém, parte de sua fundamentação.

Isso porque, correto está o voto ao afirmar que a cláusula em questão não poderia ter sua validade reconhecida pelo sistema jurídico brasileiro, mesmo antes do advento da lei especial que a fulminou de nulidade, visto que violadora “de diversos princípios do direito comum e do ordenamento constitucional” e, ainda, porque a legislação ordinária apenas expressou enunciado já presente no ordenamento jurídico, e porque o “aparente antagonismo entre os dois princípios deve ser superado com a prevalência do que expresse maior valor e, no caso, indubitavelmente o maior valor está com o que reprime o abuso e o enriquecimento sem causa (...). Esta é a parte com a qual concordamos.

Nossa resistência dirige-se à afirmação do Ministro de que “[o]s princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da autonomia da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade das cláusulas, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos.”⁴⁴

Pelas razões até aqui apresentadas, não acreditamos que o contrato sob a lei brasileira deixou de ter seu eixo fundado na vontade, nem que a justiça passou a ser condição de validade. Não enxergamos na reforma do Código Civil alterações estruturais a este ponto; a escola civilista foi construída sob o fundamento da vontade como elemento de validade; a justiça – de

⁴⁴ Esse trecho do voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, embora tendo restado vencido, foi posteriormente utilizado como parte da fundamentação nos autos do REsp. 1.641.131-SP, em que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, em julgamento realizado em 16.02.2017, DJe 23.02.2017.

todo necessária – não foi, contudo, alçada à condição de validade do ato. Por isso não endossamos a afirmação do ilustre Ministro de que, na moderna doutrina, “[o] primado não é o da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior que o de outros e nos contratos de adesão, como é o caso dos autos, é mínimo o componente de vontade do aderente para estabelecer o conteúdo da avença.”

Entendemos que, desejável ou não, o primado continua sendo o da vontade, mesmo após as inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002, devendo-se evitar, evidentemente, o patrocínio de injustiças, ainda mais depois da positivação dos princípios da boa-fé, do equilíbrio econômico-financeiro e da função social do contrato.

Como dissemos, é um acórdão bastante revelador do pensamento jurídico brasileiro sobre o tema. E, ainda que possa parecer surpreendente, tal vertente positivista pode ser encontrada mesmo em decisões posteriores à Constituição de 1988 e ao Código Civil de 2002, como na ocasião em que o STJ julgou contrato atípico, de locação em shopping center, sujeito à legislação específica, em que se discutiu a admissibilidade da exigência, pelo locador, de um aluguel em dobro no mês de dezembro de cada ano.

No caso, o Tribunal de origem havia afastado a cobrança do aluguel em dobro, considerando-a manifestamente abusiva e incompatível com a necessária função social do contrato, mas o STJ não concordou com tal interpretação e reformou a decisão, sob o argumento de que aluguéis nestas circunstâncias envolvem diversos fatores a admitir o uso das chamadas cláusulas excêntricas, tendo fundamentado a decisão com os seguintes argumentos:

“O princípio da autonomia privada corresponde ao poder reconhecido pela ordem jurídica aos particulares para dispor acerca dos seus interesses, notadamente os econômicos (autonomia negocial), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos. (...)

A autonomia privada, embora modernamente tenha cedido espaço para outros princípios (como a boa-fé e a função social do contrato), apresenta-se, ainda, como a pedra angular do sistema de direito privado, especialmente no plano do Direito Empresarial. (...)

Na sua dimensão moderna, o princípio da autonomia privada passou a ter sede constitucional, não apenas quando se protege a livre iniciativa econômica (art. 170 da Constituição Federal), como também quando se confere proteção à

liberdade individual (art. 5º da Constituição Federal). Liga-se, assim, a autonomia privada ao próprio desenvolvimento da dignidade humana, embora não atue, naturalmente, de forma absoluta, sofrendo limitações de outros princípios (boa-fé, função social, ordem pública). (.....)

Admite-se apenas a revisão administrativa e judicial dos contratos nos casos expressamente autorizados pelo ordenamento jurídico. (.....)

Assim sendo, não poderia o Tribunal de origem, sem contrariar o disposto no art. 421 do Código Civil, combinado com o art. 54 da Lei 8.245/91, ter afastado a cláusula que previa o pagamento do aluguel, em dobro, no mês de dezembro, que é tradicional nesse tipo de contrato, tendo sido livremente pactuada entre as partes.” (grifos nossos)

(REsp 1.409.849 /PR. Terceira Turma. Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. Data do Julgamento: 26.04.2016. DJe: 05.05.2016.)

Tanto em 1994 quanto em 2016 não identificamos nas manifestações dos magistrados uma profunda investigação sobre a necessidade de equivalência de prestações (exceção feita à passagem em que o voto vencido de 1994 fala em ‘justiça’ como fundamento de validade dos contratos). E essa mesma omissão encontramos na legislação, visto que o legislador de 2002 optou novamente por não fazer expressa inclusão do princípio da equivalência das prestações dentre os fundamentos de validade e legitimidade dos contratos celebrados entre partes. Quando o Código prevê o equilíbrio econômico-financeiro o faz por meio de dispositivos que não remetem o intérprete à investigação do conteúdo do contrato desde sua concepção. O equilíbrio contratual originário não aparece como princípio positivado no Código Civil de 2002. A sua existência é deduzida de forma indireta, construída a partir da leitura de artigos que contêm outros elementos desafiadores da força vinculativa dos contratos, os quais a doutrina trata como evidências da existência de um princípio de equilíbrio contratual, o que acaba por transferir para o intérprete, mais uma vez, a tarefa de avaliar a sua presença e exigibilidade, quando este entender cabível.

Dizemos “quando este [o intérprete] entender cabível” porque em 2021 o (mesmo) Tribunal sentenciou que “[a] apólice internacional, que contém rede assistencial abrangente no exterior, não limitada ao rol da ANS de procedimentos e eventos em saúde, **deve possuir fórmula de reajuste compatível com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de âmbito mundial**, sendo incompatíveis os índices de reajuste nacionais, definidos

com base no processo inflacionário local e nos produtos de abrangência interna.” (grifos nossos)⁴⁵.

A sensibilidade mostrada pelo Tribunal nesse julgamento de 2021 quanto à importância da verificação da paridade das prestações a qualquer tempo (a despeito da omissão legislativa), não foi prestigiada nos casos julgados em 1994 e em 2016, em clara demonstração de que a jurisprudência no Brasil não é uníssona sobre o assunto e, muitas vezes, não oferece a necessária segurança jurídica que dela se espera.

Os outros elementos justificadores da revisão contratual a que nos referimos são, nos artigos 156 e 157 do Código Civil, o comprometimento da livre e consciente manifestação da vontade, enquanto no artigo 317, a desproporção superveniente (não uma desproporção detectável na formação do pacto).

Citem-se, ainda, os artigos 478 a 480, que compõem a Seção intitulada “Da Resolução por Onerosidade Excessiva”. O primeiro deles faz expressa referência a contratos de execução continuada ou diferida, em que a prestação se torna excessivamente onerosa em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, enquanto o artigo 479 oferece a possibilidade de modificação equitativa do pacto como remédio para evitar a sua resolução, cabendo ao artigo 480 prever que a onerosidade excessiva pode ocorrer, e deve ser corrigida, mesmo em contratos unilaterais.

Em outras palavras, os seis dispositivos do Código Civil que fundamentam o reconhecimento do princípio do equilíbrio contratual conservam uma redação mais afeta ao Estado Liberal do que ao Estado social da Constituição de 1988⁴⁶. Nenhum desses artigos remete, de forma clara, à equivalência das prestações como elemento validador da relação contratual *ab initio*, embora fizesse sentido fazê-lo.

A rigor, tomando por base os dispositivos acima citados, pode-se afirmar que, pelo Código Civil brasileiro, o desequilíbrio que leva à revisão do pacto decorre de um vício da

⁴⁵ REsp 1.850.781-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 28/09/2021, DJe 01/10/2021.

⁴⁶ A nosso ver, seria possível incluir na discussão sobre equilíbrio contratual o artigo 413 do Código Civil, que dispõe: “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

vontade (arts. 156 e 157), de um fator superveniente (art. 317) ou, da onerosidade excessiva causada por acontecimentos não passíveis de antecipação pelas partes (arts. 478 a 480).

SCHREIBER comenta:

“Em nenhuma daquelas regras legais encontra-se o rechaçamento pelo Código Civil brasileiro ao desequilíbrio contratual por si só. Há sempre requisitos vinculados a vícios ou falhas de vontade. Vale dizer: os seis dispositivos recorrentemente citados por nossa doutrina como ‘fonte’ ou ‘base’ do princípio do equilíbrio contratual não reprimem o desequilíbrio objetivamente; reprimem-no apenas enquanto resultado de um vício ou lapso de manifestação de vontade dos contratantes. Trata-se, como se vê, de um cenário bastante distinto daqueles reservados à boa-fé objetiva e à função social do contrato.
(.....)

Por outro lado, um princípio do equilíbrio contratual, em ‘estado puro’, poderia ser visto como uma oposição mais frontal ao pensamento liberal, na medida em que não incidiria sobre os comportamentos adotados pelas partes no cumprimento do contrato, nem diria respeito a repercussões externas da avença, mas atuaria sobre o próprio objeto do contrato, em uma intromissão considerada arriscada, porque apta a gerar ‘um resultado desastroso para a segurança das convenções.’ (SCHREIBER, 2018; p.36-37)

Ironicamente, portanto, e diante do que parece representar uma omissão legislativa (ou melhor, uma opção pelo caminho da construção indireta, a ser inferida e deduzida a partir da lei e do caso concreto), seria possível recorrer aos fundamentos da doutrina liberal para incorporar o princípio da equivalência material como elemento de validade do contrato, resgatando o porquê da escolha da vontade como elemento validador.

Entendemos que o prestígio à igualdade procedimental que serviu de fundamento às codificações erigidas sob a doutrina do Estado Liberal não deve ser interpretado como renúncia ou negação à igualdade substancial ou material do contrato, embora seja forçoso reconhecer que a expressa remissão feita pelo artigo 478 à imprevisibilidade e ao caráter extraordinário do elemento ensejador da revisão contratual revelem a opção do legislador, ao menos em princípio, de preservar a vontade como elemento validador do contrato, e não necessariamente a comutatividade das contraprestações ajustadas.

Como fica, então, a eventual desproporção originária, posteriormente detectada pelas partes? A julgar pelo texto legal, não haveria tutela para a mesma, a menos que a não

identificação da iniquidade decorresse de algum vício na formação do convencimento da parte e na manifestação de sua vontade. Mas, em tal cenário, o argumento para revisão seria outro, novamente fundado no protagonismo da vontade.

Do ponto de vista da justiça comutativa, seria razoável argumentar que uma desproporção entre prestações, mesmo que não seja imprevisível, deveria ser protegida pelo Estado. Mas esta não é a visão do Código Civil de 2002. O Código não tutela toda e qualquer desproporção, mas sim aquela que foi gerada por fator superveniente e imprevisível, o que não deixa de surpreender e de representar um reforço ao princípio da força vinculante dos contratos e ao argumento de que a constitucionalização do direito civil em 1988 não significou, para o Direito brasileiro, um rompimento absoluto com a autonomia da vontade, a despeito dos importantes preceitos que levam à sua relativização.

E tal opção do legislador de 2002 parece ser bem aceita pela cultura jurídica brasileira, a julgar pelos Enunciados 175 e 176 aprovados pela III Jornada de Direito Civil realizada em 2005, de acordo com os quais a menção à imprevisibilidade e ao caráter extraordinário feita pelo artigo 478 “deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz” (Enunciado 175) e sempre que possível, a aplicação do artigo 478 do Código deve conduzir “à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual” (Enunciado 176)⁴⁷.

No mesmo sentido, a jurisprudência do STJ em julgamento que discutiu se a maxidesvalorização da moeda brasileira em face da moeda estrangeira autorizaria ou não a aplicação da teoria da imprevisão ou da teoria de onerosidade excessiva. A conclusão do Tribunal foi negativa, dela podendo se extrair o apego aos aspectos de “imprevisibilidade” e “caráter extraordinário” contidos na legislação ordinária:

“Tratando-se de relação contratual paritária – a qual não é regida pelas normas consumeristas –, a maxidesvalorização do real em face do dólar americano ocorrida a partir de janeiro de 1999 não autoriza a aplicação da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, com intuito de promover a revisão de cláusula de indexação ao dólar americano. Com efeito, na relação contratual, a regra é a observância do princípio pacta sunt servanda, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes e, por conseguinte,

⁴⁷ Disponíveis em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2022.

*impõe ao Estado o dever de não intervir nas relações privadas. Ademais, o princípio da autonomia da vontade confere aos contratantes ampla liberdade para estipular o que lhes convenha, desde que preservada a moral, a ordem pública e os bons costumes, valores que não podem ser derogados pelas partes. Desse modo, a intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de **mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais** vigentes à época da realização do negócio, oriundas de **evento imprevisível (teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva)**, que comprometam o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica, tendo em vista, em especial, o disposto nos arts. 317, 478 e 479 do CC. Nesse passo, constitui pressuposto da aplicação das referidas teorias, a teor dos arts. 317 e 478 do CC, como se pode extrair de suas próprias denominações, a existência de um fato imprevisível em **contrato de execução diferida**, que imponha consequências indesejáveis e onerosas para um dos contratantes. A par disso, o histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo País desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a maxidesvalorização do real em face do dólar, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela inexistência de risco objetivo nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária.”*

REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015. (grifos nossos)

Mesmo considerando a redação do artigo 478 do Código Civil, a decisão acima não deixa de provocar reflexões sobre o tema. Não pela confirmação da autonomia privada e da liberdade de contratar, que entendemos ter resistido às reformas constitucional e legislativa, mas pela ausência de referência à uma possível iniquidade *ab initio* ou que não decorresse de fato imprevisível.

O julgado confirma o entendimento de que a iniquidade que merece a tutela do Estado é aquela verificada posteriormente à conclusão do contrato, **e desde que não seja previsível**.

No caso concreto, o evento (maxidesvalorização da moeda) foi indisputavelmente posterior e produziu inegável impacto sobre as bases econômicas que levaram as partes a celebrar um acordo. Ainda assim, não se sensibilizou o tribunal, por considerar que em nosso

País eventos de tal natureza não podem ser considerados imprevisíveis.

Embora não explicitado, a conclusão que se depreende do julgado em questão é que eventos previsíveis (ou que, no entender do intérprete, podem ser previstos) estão compreendidos na esfera do risco assumido pelas partes ao celebrarem pactos desta natureza e não na esfera da quebra do equilíbrio entre partes.

Tal linha de raciocínio, embora defensável, suscita dúvidas sobre qual é, no direito brasileiro, a linha divisória entre risco inerente aos negócios e o desequilíbrio contratual merecedor de tutela.

O que se pode afirmar é que o direito brasileiro parece bem conviver com a ideia de que a igualdade procedimental na formação do pacto é capaz de assegurar a igualdade de prestações, não sendo, contudo, possível, assegurar que a igualdade material constitui pressuposto de validade do contrato no direito brasileiro. Claro que não se pretende dizer que o direito brasileiro ignora por completo a igualdade material; o que se afirma é que a igualdade material é passível de investigação dentro de alguns estritos limites previstos em lei. E não como fundamento de validade, mas como critério de interpretação dos contratos, podendo justificar a sua revisão.

Não há como não reconhecer que a decisão de 2014 envolvendo desvalorização da moeda se aproxima mais do pensamento liberal do final do Século XIX e início do Século XX, do que de uma sociedade regida pela função social do contrato, boa-fé e equilíbrio econômico-financeiro das relações.

E não se pode dizer que o caso representou uma interpretação isolada, dissonante da jurisprudência existente, visto que o mesmo Tribunal decidiu de forma similar em recente julgado ao afirmar que: “Frente às singularidades que diferenciam tais contratos, o art. 54 da Lei n. 8.245/1991 assegura a prevalência dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*. Nesse sentido, alteração do aluguel percentual em sede de ação renovatória de locação de espaço em shopping center somente é viável caso demonstrado pela parte postulante – locatário ou locador – **o desequilíbrio econômico superveniente resultante de evento imprevisível** (arts. 317 e 479 do CC/2002)”⁴⁸. (grifos nossos).

⁴⁸ REsp 1.947.694-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 14/09/2021, DJe 16/09/2021.

Verifica-se, portanto, que novos são os contornos e limites impostos à liberdade de contratar; novas são as relações na moderna sociedade, a reclamar proteção naqueles casos em que o coletivo se sobrepõe ao individual, mas o contrato resiste como instituto reconhecido pelo direito pátrio, fruto do exercício da autonomia privada, mostrando a jurisprudência ainda ter forte apego aos dispositivos contidos na codificação brasileira. O contrato sobrevive como fonte de obrigações e como ferramenta de autorregulação de direitos por particulares, inclusive em suas relações com o poder público.

As circunstâncias abusivas, a força do poder econômico, e o prejuízo ou dano ao coletivo, aqui incluídos ao meio ambiente e à concorrência, são fatores mitigadores da força vinculante e da imutabilidade dos pactos. E é correto que assim o seja. Primeiro pelo inegável comprometimento imposto à manifestação da vontade nas mais variadas situações (relações de consumo, contratos de adesão, relações laborais, relações locatícias, contratos com instituições financeiras); segundo, pelo necessário controle a ser imposto a externalidades negativas que possam resultar do pacto entre partes; e, terceiro, pela necessidade de tornar efetivas as políticas públicas incumbidas ao moderno Estado.

O que resiste como indagação, a nosso ver, é o quanto a comutatividade das relações constitui fundamento de validade do pacto, tendo em vista não só a omissão a uma referência expressa pela legislação, mas também a omissão nos argumentos construídos pelos tribunais brasileiros ao analisar disputas contratuais, cuja dicção é pródiga em reafirmar a autonomia das partes, a despeito de outras indagações que pudessem ser feitas acerca do conteúdo contratual sob exame, como se depreende não só dos julgados já citados, mas também do entendimento acolhido pelo STJ em julgado tendo por objeto cláusula penal de contrato de patrocínio rescindido antecipadamente por uma das partes⁴⁹, ao sentenciar que “[n]o caso concreto, a cláusula penal está inserida em contrato empresarial firmado entre empresas de grande porte, tendo por objeto valores milionários, inexistindo assimetria entre os contratantes que justifique a intervenção em seus termos, devendo prevalecer a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos.”^{50 e 51}

⁴⁹ Ver nota 46, acima.

⁵⁰ REsp. 1.803.803-RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, por maioria, julgado em 09/11/2021.(Informativo n. 717)

⁵¹ No mesmo sentido, REsp. 1.867.551-RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 05/10/2021.(Informativo n. 713)

3.8. A cláusula penal

A cláusula penal, segundo prevê o artigo 413 do Código Civil, **deve** ser reduzida de forma equitativa pelo juiz, caso a obrigação tenha sido cumprida em parte ou caso se revele manifestamente excessiva. No Código anterior, tratava-se de uma **faculdade** e não de um **dever** do juiz, e a redução dava-se segundo critério da proporcionalidade e não da equidade, como no atual diploma.

Exsurge, portanto, do texto de 2002, um comando com inspiração na ideia comutativa das relações, tratando-a como dever imposto ao magistrado, diferentemente do que ocorria em 1916, que a tratava como faculdade do juiz, a ser endereçada segundo um critério de proporcionalidade que, embora não se possa dizer injusto, não tem o mesmo alcance do critério fundado em equidade.

É senso comum na doutrina e na jurisprudência atribuir uma dupla função à cláusula penal – uma de caráter indenizatório e outra de fundo coercitivo, promotor da conduta das partes.

Vemos na cláusula penal uma ainda outra relevante função no âmbito da Teoria Geral dos Contratos, qual seja, a de representar um claro divisor entre o dano oriundo do contrato (admitindo pena não necessariamente atrelada ao valor ou à prova do dano, não obstante seu caráter indenizatório⁵²) e o dano decorrente do ato ilícito (hipótese em que a indenização há que corresponder aos danos sofridos⁵³).

A distinção pode parecer de pouca importância, mas ao admitir uma penalidade não necessariamente vinculada ao dano causado, reconhecendo-lhe função de coerção e conduta, a cláusula penal confere ao contrato o atributo de instituto com existência própria, que se justifica por si só, e cuja quebra, mesmo não causando dano à parte a ele vinculada, causa dano à sociedade, por ferir a confiança que deve emergir da relação entre partes, elemento intrínseco à segurança jurídica como um todo. Daí porque consideramos de extrema relevância a função

⁵² Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

⁵³ De acordo com o art. 944 do Código Civil a indenização mede-se pela extensão do dano.

coercitiva da referida cláusula.

Mas, independentemente desta função que lhe conferimos, o fato é que as discussões em torno da cláusula penal suscitam na jurisprudência reflexões acerca da equidade nas relações privadas de forma muito mais frequente do que as discussões acerca da equivalência material das contraprestações, sendo estas últimas, como explorado acima, ainda fortemente influenciadas pela visão da vontade como fundamento do contrato (e não da equidade, ainda que como um segundo fundamento de validade, ao lado do consentimento).

Testemunho dessa diferença de tratamento (i.e., recurso à equidade) pode ser encontrado em algumas decisões proferidas pelo STJ, a começar pelo julgamento envolvendo contrato com cláusula de exclusividade, celebrado entre uma determinada rede de televisão e um apresentador que desempenhava o papel de âncora de telejornal, na qual a primeira exigia o pagamento da multa prevista na cláusula penal, enquanto o segundo argumentou que, pelo fato de ter cumprido cerca de 95% do contrato original, somente poderia ser compelido a pagar pena proporcional ao tempo não cumprido (cerca de 5%). A juíza de primeiro grau, no que foi seguida pelo tribunal de justiça estadual e, na sequência, pelo STJ, determinou a aplicação de pena de forma equitativa **e não proporcional**, do que resultou a condenação do apresentador em multa equivalente a 50% (e não 5%), em vista dos fatos relatados nos autos. Para o STJ, permitir a redução proporcional da multa no caso retiraria da cláusula penal sua função coercitiva, em nada desejável.⁵⁴

No outro extremo, em julgamento ocorrido em 2017⁵⁵, ao analisar caso tendo por objeto contrato que previa multa penal de 30%, o STJ acabou reduzindo-a para 0,5% e o fez reafirmando que a cláusula penal representa, “em essência, a um só tempo, a medida de coerção ao adimplemento do devedor e a estimativa preliminar dos prejuízos sofridos com o inadimplemento ou com a mora”, e que no caso analisado, não havendo “necessidade de correspondência exata entre a redução e o quantitativo da mora, que a avença foi firmada entre pessoas jurídicas – não tendo, por esse motivo, ficado evidenciado qualquer desequilíbrio de forças entre as contraentes -, que houve pequeno atraso no pagamento de duas prestações e que o adimplemento foi realizado de boa-fé pela recorrente, considera-se, diante das peculiaridades

⁵⁴ REsp 1.186.789-RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 20.03.2014. DJe 13.05.2014.

⁵⁵ REsp 1.641.131-SP, Relatora Ministra Nancy Andriahi. Data do Julgamento: 16.02.2017. DJe 23.02.2017.

da hipótese concreta, equitativo e proporcional que o valor da multa penal seja reduzido para 0,5% do valor de cada parcela em atraso.”⁵⁶

Outros julgados poderiam ser explorados^{57 e 58}, mas não se pode evitar de afirmar que, após a análise dos dois casos acima, fica a dúvida se os fatos envolvidos em cada um dos contratos levados a exame eram suficientemente distintos, a justificar a diferença na conclusão, ou se ainda precisamos amadurecer e melhor consolidar a interpretação e aplicação dos dispositivos relativos aos contratos sob a égide do Código de 2002, não obstante o transcurso de cerca de vinte anos desde sua promulgação.

De toda sorte, diante de tantos fatos, decisões e argumentos, consideramos que um ataque à autonomia privada sob o argumento da injustiça gerada pelo olhar individualista do fim do Século XIX desconsidera o contexto histórico e ignora os inúmeros dispositivos legais contemplados pelo Código Civil de 2002, além da própria jurisprudência encontrada nos tribunais brasileiros. É um ataque a uma ideologia política, muito mais do que à teoria geral dos contratos fundada na autonomia privada, daí a necessidade de se compreender o ordenamento jurídico brasileiro inaugurado pela Carta de 1988, seguida pelo Código Civil de 2002, como uma evolução que não extinguiu institutos, mas os modernizou e os colocou à serviço do novo plano constitucional.

⁵⁶ No julgamento em questão, identificamos que o voto chega a afirmar que o STJ adota a orientação esposada pelo e. Ministro Ruy Rosado de Aguiar nos autos do REsp 45.666/SP, de 1994, quando, na verdade, o voto em questão foi voto vencido, além de ter afirmado que a justiça é condição de validade dos contratos no Brasil, com o que não concordamos, como já afirmamos anteriormente quando tratamos o referido julgamento da última década do século passado.

⁵⁷ Em outra ocasião, o STJ foi chamado a se manifestar sobre cláusula penal em contrato de transporte, fundada legislação ordinária, mas cuja aferição poderia levar a uma multa superior ao valor da obrigação principal, o que é vedado pelo art. 412 do Código Civil. Buscando, então, dar efetividade ao contrato, ao mesmo tempo que respeitando a necessidade de se adotar valor equitativo, o acórdão determinou fosse o valor da penalidade apurado em fase de liquidação da sentença por arbitramento, tendo fundamentado a decisão não só pela necessidade de se reconhecer a diferença entre proporcionalidade e equidade como critério determinante para a cláusula penal, mas também pelo imperativo de se preservar a sua dupla função. REsp 1.520.327-SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 05.05.2016. DJe 27.05.2016.

⁵⁸ Em julgado de 2018, em que o tribunal, citando Enunciados da IV Jornada de Direito Civil, afirmou que a cláusula penal não pode ficar ao total arbítrio das partes, tendo em vista que o “Código Civil introduziu normas de ordem pública, imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes.”, não se admitindo possam as partes “renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no artigo 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública. REsp 1.447.247-SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 19.04.2018. DJe 04.06.2018.

CAPÍTULO IV – LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

Acreditamos que a fragilização imposta à autonomia privada foi, em parte, responsável pela edição da chamada Lei da Liberdade Econômica de 2019 que estabelece como direito de toda pessoa, natural ou jurídica, dentre outros considerados essenciais para o desenvolvimento do País, a “garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública.”

A ideia do legislador de 2019 foi, claramente, a de reafirmar os princípios da ordem econômica tal como contemplados na Constituição de 1988, tanto é que prevê textualmente que todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas devem ser interpretadas em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade.

Embora reconheçamos que o Código Civil de 2002 preserve a liberdade de contratar e que a mesma está em absoluta consonância com o plano constitucional, não vemos como recepcionar sem críticas a norma criada em 2019, a começar pela indefensável fragilidade de argumento inserido em sua Exposição de Motivos⁵⁹, de acordo com o qual:

os “negócios jurídicos empresarias serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, aplicando-se as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado. (...)

Para o Brasil caminhar nesse sentido, propõe-se de maneira emergencial permitir que qualquer cláusula contratual seja vigente entre os sócios privados e capazes que assim a definiram, inclusive aquelas que, atualmente, parecem ir em sentido contrário a normas de ordem pública, estritamente, do direito empresarial, contanto que não tenham efeitos sobre o Estado ou terceiros alheios à avença. (...).” (grifos nossos).

Difícil, para não dizer impossível, defender uma lei que, de um lado, sugere que a lei seja subsidiária ao contrato, como que sugerindo uma hierarquia às avessas entre eles, e, de outro, que pretende conferir validade a pactos que sejam contrários a normas de ordem pública,

⁵⁹ EMI nº 00083/2019 ME AGU MJSP, de 11 de abril de 2019.

sob o absurdo argumento de que tal situação é admissível desde que seus efeitos estejam restritos aos envolvidos. Difícil, aliás, acreditar que tal proposta possa ter servido de fundamento a uma lei.

A defesa da liberdade econômica é bem-vinda e entendemos estar em consonância com o artigo 170 da Constituição Federal que institui os princípios que regem a ordem econômica brasileira. Mas a negação do próprio ordenamento jurídico não merece, sequer, maiores digressões, razão pela qual as alterações introduzidas por esta lei nos artigos do Código Civil que versam sobre contratos devem, a nosso ver, ser examinadas com cautela. Na verdade, atribuímos a promulgação desta lei à uma posição política e ideológica do Poder Executivo, muito mais do que a uma legítima manifestação do Poder Legislativo, no sentido de harmonizar e defender a consistência do ordenamento jurídico.

Dentre outras medidas, a indigitada Lei da Liberdade Econômica introduziu um novo artigo no Código Civil – o artigo 421–A⁶⁰. Diferentemente da eliminação da expressão “em razão” [da função social] do artigo 421, sobre a qual falamos anteriormente e que contribuiu positivamente para a melhor definição do que vem a ser função social do contrato, a introdução do artigo 421–A não nos parece merecedora dos mesmos elogios.

Dizemos isso porque a Constituição Federal não pode, evidentemente, ser modificada por legislação ordinária, assim como a lei não pode introduzir mecanismos que contrariem normas de ordem pública. Assim, naquilo que o artigo 421–A está em consonância com o comando constitucional da livre iniciativa e da descentralização dos meios de produção, ele é, a rigor, desnecessário, supérfluo. Neste aspecto nos referimos, em especial, à redação do *caput* do novo artigo, que parte da presunção de paridade e simetria nos contratos civis e empresariais, exceto se houver elementos que as afastam ou em caso de legislação especial (como, por exemplo, o código do consumidor). Não vemos novidade no dispositivo, daí porque o

⁶⁰ “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.”

consideramos de pouca utilidade.

BAGNOLI, ao falar sobre a Lei nº 13.874/2019, pontua que “ela seria desnecessária se os princípios da ordem econômica contidos na Constituição Federal fossem respeitados pelos governos (Federal, Estaduais e Municipais). Entretanto, verificou-se uma crescente burocratização do Estado, excessiva regulamentação, com exigências descabidas e autorizações morosas e até custosas para que indivíduos e empresas pudessem empreender e com isso produzir riqueza. Mais, o indivíduo ou a empresa que quer empreender em muitos casos se depara com a presunção de sua culpabilidade, devendo provar que é idôneo e apto para a atividade empresária.” (.....) O autor chega a afirmar que, apesar de em muitos aspectos confirmar o óbvio para uma economia de mercado, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica reconhece direitos essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País. (2020; p.223-224)

Por outro lado, naquilo que a Lei da Liberdade Econômica contraria ou pode representar uma contrariedade à Constituição ela é inconstitucional e aqui nos referimos particularmente à inclusão do inciso que prevê que as partes podem estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução. Ora, podem, desde que em conformidade com o que é admitido pelo ordenamento brasileiro. Pretender uma liberdade tão irrestrita como esta encontraria resistência no próprio Código de 1916, quanto mais na Constituição de 1988 e no Código de 2002, por não haver espaço para que a legislação ordinária dispute comando com norma constitucional.

Os eventuais parâmetros pretendidos por particulares para regular a relação entre eles devem, necessariamente, estar em consonância com o comando tanto da lei ordinária quanto da ordem Constitucional. Não há espaço para conflito. Nesse sentido, o entendimento do STJ não deixa margem para discussões ou outras ilações:

*“De fato, a jurisprudência não pode esvaziar o comando normativo de um preceito fundamental e constitucional em detrimento de um corolário de ordem hierárquica inferior, pois, **ainda que se aceite a ideia de colisão ou choque de princípios – liberdade associativa (art. 5º, XX, da CF) versus vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CC) –**, o relacionamento vertical entre as normas – normas constitucionais e normas infraconstitucionais, por exemplo – deve ser apresentado, conforme a doutrina, de tal forma que o conteúdo de sentido da norma inferior deve ser aquele que mais intensamente corresponder*

*ao conteúdo de sentido da norma superior. Ademais, cabe ressaltar que a associação de moradores é mera associação civil e, conseqüentemente, deve respeitar os direitos e garantias individuais, aplicando-se, na espécie, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. (.....) Igualmente, se a compra se opera em data posterior à constituição da associação, na ausência de fonte criadora da obrigação – lei ou contrato –, é defeso ao poder jurisdicional, apenas calcado no princípio do enriquecimento sem causa, em detrimento dos princípios constitucionais da legalidade e da liberdade associativa, instituir um dever tácito a terceiros, pois, **ainda que se admita a colisão de princípios norteadores, prevalece, dentre eles, dada a verticalidade de preponderância, os preceitos constitucionais, cabendo tão-somente ao STF, no âmbito da repercussão geral, afastá-los se assim o desejar ou entender.** Precedentes citados: EREsp 444.931-SP, Segunda Seção, DJ 1º/2/2006; AgRg nos EDcl no Ag 715.800-RJ, Terceira Turma, DJe 12/12/2014; e EDcl no REsp 1.322.723-SP, Quarta Turma, DJe 29/8/2013. REsp 1.280.871-SP e REsp 1.439.163-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, julgados em 11/3/2015, DJe 22/5/2015 (Informativo 562). (grifos nossos)*

Por essas razões, não reconhecemos na Lei da Liberdade Econômica uma revisão estrutural do Código Civil de 2002 ou uma inovação legislativa relevante, a alterar as relações contratuais. Esta lei, a nosso ver, pertence ao tabuleiro político do País e não no tabuleiro jurídico propriamente dito, sendo comparável, em especial no que diz respeito aos dispositivos aqui citados, a uma manifestação (com contornos quase panfletários) feita pelo Poder Executivo e sua equipe econômica, então recém conduzidos ao poder.

A Constituição social, garantista e solidária não alterou o fundamento de que os contratos são fontes de obrigações e, como tal, devem ser tratados, tendo sido preservadas pelo Código Civil de 2002, em nada incompatíveis com a Constituição Federal, as disposições relativas ao Direito das Obrigações e ao contrato como fonte de obrigações, tal como POTHIER introduziu no Código francês e BEVILACQUA no Código brasileiro de 1916⁶¹.

⁶¹ Como visto no início do trabalho, as fontes das obrigações no direito brasileiro são os contratos, os quase-contratos, os delitos e os quase-delitos, tendo os atos unilaterais sido acrescidos como fonte por Clovis Bevilacqua não por Robert J. Pothier (2002; p.29), para quem a lei ou a simples equidade também são causa das obrigações (ao lado dos contratos, quase-contratos, delitos ou quase-delitos).

O desafio, como propõe Claus-Wilhelm Canaris, reside em encontrar o equilíbrio entre os dois universos (o da tutela dos direitos fundamentais pela Constituição e o dos direitos privados disciplinados pela legislação ordinária) até porque nas relações contratuais há duas (ou mais) partes titulares de direitos fundamentais, constitucionalmente tutelados, que, não obstante, estabelecem um auto regulamento visando a composição de seus interesses, na maioria das vezes na esfera patrimonial:

“Deve-se, porém, conceder-se que as normas de direito privado também podem servir para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, e, mesmo, que elas representam, muitas vezes, ambas as coisas simultaneamente: intervenções nos direitos fundamentais de uma parte e garantias de proteção dos direitos fundamentais da outra.” (2016; p. 34) (grifos nossos)

O Código Civil preserva em seu corpo dispositivos indicadores da preservação da Teoria Geral dos Contratos, do contrato como fonte de obrigações, exigíveis e tuteláveis, sob a premissa da boa-fé, da função social do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro. A teoria do negócio jurídico à qual se filiou a legislação civil brasileira apoiou-se na doutrina alemã, cuja formulação é devida, dentre outros autores, a Savigny, que chegou a tratar como sinônimos os termos ‘negócio jurídico’ e ‘declaração de vontade’⁶².

Assim, ainda que na doutrina haja vozes como a de THEODORO JÚNIOR e FIGUEIREDO que afirmam que “as concepções primitivas que o justificam [i.e., que justificam o negócio jurídico] a partir da *vontade* e da *declaração da vontade* se acham atualmente superadas” (2021; p. 77), não vemos como negar que a vontade subsiste no ordenamento jurídico pátrio como importante fundamento, não se podendo dizer que foi superada ou, tampouco, supor ser ela incompatível com os direitos fundamentais, até porque seu valor está presente em vários dispositivos do Código, e não somente no que diz respeito aos contratos, como veremos na seção seguinte.

⁶² Ver THEODORO JÚNIOR e FIGUEIREDO. 2021; p. 75.

CAPÍTULO V – O ORDENAMENTO JURÍDICO COMO SISTEMA

5.1. A vontade no direito brasileiro

A vontade está enraizada em vários dispositivos da lei ordinária e continua a ser fundamental na análise dos efeitos produzidos pela prática de determinados atos, não obstante o viés social da Constituição brasileira e do próprio Código Civil.

O artigo 4^o⁶³ considera incapaz relativamente a certos atos aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Não havendo vontade livre e conscientemente manifestada, não se atribui efeito ao ato praticado.

Igualmente relevante o artigo 107 do Código ao estatuir que a declaração de vontade é válida (novamente a vontade como fundamento) somente dependendo de forma especial se a lei expressamente exigir⁶⁴. Em outras palavras, a lei deposita plena força na vontade, exigindo solenidades outras em casos específicos e por razões próprias.

Citamos, ainda, os artigos 112 e 144, que dispõem, respectivamente:

“Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” e

“O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante.”

Ou seja, para o Código Civil brasileiro, a vontade tem valor fundamental e pode, inclusive, sobrepor-se a eventual erro (havendo aquiescência da outra parte).

⁶³ Art. 4^o – São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

⁶⁴ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Os artigos 138 e 151⁶⁵ e ⁶⁶ contemplam exemplos ‘negativos’, mas que confirmam o raciocínio – a vontade é tão essencial que, se resultar de algum vício, compromete o ato, o mesmo ocorrendo se a vontade emanar de erro⁶⁷.

Com isso, percebe-se que o Estado social da Carta de 1988 não significou a extinção ou nulificação da vontade. Os vários dispositivos acima abordados representam uma evidência do valor jurídico que a ela ainda é atribuído. O exercício da autonomia privada é uma extensão do direito de expressar a vontade de forma livre, elemento intrínseco à dignidade humana, razão pela qual a sua relativização tem que ser interpretada e concretizada de forma muito consciente, e não comemorada sob o falso argumento da conquista de justiça social. A justiça social no Brasil depende de medidas profundas, concretas e duradouras para tornar-se realidade e não da nulificação de regras de direito privado.

As inovações trazidas pelo texto do início do século XXI são, em sua maioria, relativas a fatores externos ao contrato, tendo a vontade sobrevivido, ainda que sob novos contornos. Dizemos isto porque a boa-fé objetiva é comando determinante da conduta das partes (não um requisito intrínseco de validade do negócio jurídico), servindo de fonte de obrigações adicionais, como critério interpretativo, de hermenêutica jurídica, integrativo ou, ainda, para evitar abusividades⁶⁸.

A função social do contrato é também a ele exógena, destinando-se a endereçar possíveis externalidades negativas sobre instituições consideradas, pela ordem constitucional, merecedoras de proteção, não devendo se prestar ao esvaziamento do conteúdo tal como declarado e pretendido pelas partes contratantes.

⁶⁵ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

⁶⁶ Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

⁶⁷ Em interessante artigo publicado na Revista Direito Tributário Atual, n.23, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT, Editora Dialética, 2009, p.449, o jurista Ricardo Mariz de Oliveira nos remete a vários outros dispositivos do Código, denunciadores dessa matriz teórica fundada na força da vontade para a teoria dos contratos. São eles o artigo 88 (pela vontade das partes bens naturalmente divisíveis se tornam indivisíveis), o artigo 94, pelo qual as pertenças somente são consideradas incluídas em negócio jurídico relativo ao bem principal por manifestação de vontade das partes; artigo 107, citado no texto; artigo 121 que define como condição a cláusula que, por disposição exclusiva da vontade das partes, subordina o efeito do negócio a evento futuro e incerto; artigo 173 sobre a vontade expressa de manter ato passível de anulação; artigo 167 que nulifica o ato externo incongruente com a vontade subjetiva dos participantes; entre outros.

⁶⁸ Ver TEPEDINO, et al. 2021. p. 46 – 48

Por fim, o equilíbrio econômico-financeiro, que, em princípio, endereça o conteúdo do pacto, sua justiça e equilíbrio internos, já havia sido recepcionado pela teoria da imprevisão, aparecendo no Código de 2002 vinculado a vícios de vontade, fatores supervenientes ou imprevisíveis, além de oferecer às próprias partes a oportunidade para remediar o desequilíbrio, em solução que representa o reforço à vontade, por paradoxal que possa parecer.

Há, portanto, um inegável valor jurídico atribuído pelo Código Civil de 2002 à vontade, o que não pode ser desprezado por completo e, muito menos, negado ou considerado superado. A vontade subsiste e em nada é incompatível com a chamada constitucionalização dos direitos fundamentais e do prestígio dedicado pela Constituição de 1988 ao social. Desta forma, a interpretação e a aplicação do direito civil no Brasil tem que consolidar esses variados componentes, de forma uma, e harmônica.

5.2. A necessária unidade do ordenamento

Embora o projeto que deu origem ao Código de 2002 tivesse tido início na década de 1970, a sua promulgação ocorreu catorze anos após a vigência da Constituição de 1988, de sorte que não se pode conceber que sua redação final foi aprovada à revelia das profundas transformações resultantes da constitucionalização do direito civil. Supor que um diploma desta envergadura é, na sua essência e totalidade, contrário à Constituição Federal, é pretender reescrevê-lo ao invés de respeitá-lo como corpo harmônico e vinculado ao plano constitucional.

O Código Civil de 2002 tem que ser interpretado à luz da Constituição e de seus próprios dispositivos, de forma integrada. Não cabe ao intérprete reescrever o Código da forma que considera, a seu ver e segundo seus próprios princípios, mais adequada ao plano constitucional. Cabe-lhe encontrar a harmonia entre os dois diplomas, reconhecendo a hierarquia do comando constitucional, sem acrescentar elementos que considera adequados ou desejáveis, nem eliminar o que está previsto e é totalmente compatível com a Carta maior.

O ordenamento jurídico exige unicidade; um ordenamento jurídico não é a mera justaposição de várias normas. Sua aplicação deve ser, necessariamente, consistente. Os dispositivos convivem ou se sobrepõem de acordo com alguma regra de interpretação aceita pelo sistema (hierarquia entre leis; lei posterior x lei anterior; lei geral x lei especial).

Não pode haver falta de coerência ou de integração, ou, ainda, supressão ou negação a um dispositivo sem antes verificar sua conformidade com o sistema como um todo, razão pela

qual se diz que “Quando alguém aplica um artigo do Código, aplica todo o Código”⁶⁹. Ou, como afirma ENGISCH, “as regras de um ordenamento contêm um complexo homogêneo e harmonicamente solidários de pensamentos jurídicos.” (2014; p. 118).

Santi Romano dedica uma obra à compreensão do que vem a ser o ordenamento jurídico e, de forma didática, responde à hipotética pergunta do que vem a ser o direito italiano ou o direito francês:

“É, em primeiro lugar, a complexa e diversificada organização do Estado italiano ou francês; os numerosos mecanismos e engrenagens, as relações de autoridade e de força que produzem, modificam, aplicam, fazem respeitar as normas jurídicas, sem se identificar com essas. Em outras palavras, o ordenamento jurídico, desta maneira amplamente entendido, é uma entidade que por um lado se move conforme as normas, mas, sobretudo, por outro, ele mesmo as move quase como se elas fossem peões em um tabuleiro de xadrez. Deste modo, elas representam mais o objeto e o meio da atividade do ordenamento, do que um elemento da sua estrutura.” (2008; p. 69).

No Brasil, Tercio Sampaio Ferraz Jr. enfrenta o tema iniciando com a afirmação de que a “noção de ordenamento é complexa” e que as relações entre as várias regras que formam o ordenamento jurídico é o que determina sua estrutura. Os dispositivos legais aleatoriamente postos não têm relevância. Importa conhecer a relação entre eles; como se comunicam e como se integram e, neste sentido, afirma “[b]astante importante é a questão do ordenamento como sistema unitário, isto é, a sua concepção como repertório e estrutura marcados por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo.” (1988; p. 164-166)

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 formam um complexo de leis e princípios, cuja interpretação e aplicação exigem que se faça a integração entre os comandos constitucionais e os dispositivos contidos na legislação ordinária. O Código Civil foi promulgado catorze anos após a Constituição, de forma que não é razoável nem crível supor que o legislador resolveu, após mais de uma década de exames e ponderações, editar um código totalmente inconstitucional.

O Código Civil é parte da engrenagem por meio da qual o plano constitucional deve ser concretizado. O viés social abraçado pela Constituição de 1988, consentâneo ao momento

⁶⁹ STAMMLER, Apud ENGISCH, Karl (2014; p. 118)

histórico em que elaborada, não deve ser alargado a ponto de se sobrepor a outros importantes princípios e direitos constitucionalmente garantidos.

Consideramos um exagero e, em certa medida, uma superficialidade condenar de forma tão mortal a doutrina liberal que resultou na formulação do Código Civil de 1916, sem levar em consideração o contexto histórico e as motivações que produziram referido diploma legal e, principalmente, de que forma o instituto do contrato ainda subsiste e pode servir como ferramenta de realização de preceitos constitucionalmente assegurados, uma vez atualizado para enfrentar a moderna dinâmica da sociedade e da economia global.

Como BOBBIO alertou, se “um ordenamento jurídico é composto de várias normas, disso advém que os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento são os que nascem **das relações das diversas normas entre si.**” O sistema é uno e é necessário encontrar os adequados critérios de integração e coerência, o que levou o jurista italiano a afirmar que “quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, perguntamos se as normas que o compõem estão em relação de coerência entre elas, bem como quais condições tornam possível essa relação. (2017; p. 47 e 78) (grifos nossos)

Por isso é preciso lidar de forma integrada com uma Constituição Federal garantista; com uma ordem econômica fundada no livre mercado, livre iniciativa e livre concorrência; no reconhecimento à propriedade privada, observada sua função social; e na liberdade de contratar, exercida nos limites da função social do contrato. A integração desses vários conceitos exige esforço e imparcialidade, mas é necessária. Como PERLINGIERI afirma, “[T]odo o ordenamento jurídico tem os mesmos valores e os mesmos princípios fundamentais para todo sistema. (...) Quando se diz interpretação sistêmica diz-se que o valor da norma varia de acordo com os valores do sistema em que ela se insere.” (1998; p. 4).

E essas afirmações continuam sendo verdadeiras mesmo em um ordenamento fundado, como é o brasileiro a partir da Constituição de 1988, em cláusulas abertas. Não se pode pretender analisar o direito privado no Brasil exclusivamente sob a ótica da lei fundamental, como se não existisse uma lei ordinária que, ainda por cima, foi promulgada mais de uma década depois da Carta Magna.

O papel do magistrado não é o de aplicar a Constituição a cada caso concreto sob o pretexto de que as cláusulas abertas contemplam princípios e valores que o Código Civil não conhece; o papel conferido ao Poder Judiciário é fazer do Código Civil uma ferramenta da

Constituição Federal.

Em sua Conferência inaugural sobre Direitos Civis e Questões Constitucionais durante a VII Jornada de Direito Civil de 2015, o Ministro Luiz Edson Fachin observou⁷⁰:

“Em outras palavras: o art. 170⁷¹ da Constituição Federal de 1988 passa, portanto, a ocupar lugar cardeal na regulação jurídica e na emissão de princípios vinculantes a ordem jurídica contratual de direito privado. (.....)

Assim, a tarefa que nos espera para deixarmos como legado parece ser a construção hermenêutica que tenha sentido adequado para os casos concretos, em que os conceitos levem em conta a realidade, e, nessa medida, ao serem desafiados na sua realidade, ofereço uma contraprova de estabilidade, de permanência e também de segurança jurídica. (.....)

*Então, com essa justificação lógica, racional e sistemática, que abre certamente espaços para uma dimensão criativa, mas que se contém dentro do sistema jurídico, quiçá alcançaremos no Direito Civil uma nova centralidade, não apenas ética, mas também moral de afirmação de uma identidade que é plural, diversa e unida em torno de valores perenes, como o Estado democrático de Direito, que ofereça pelo menos duas características essenciais a toda comunidade jurídica e a toda sociedade brasileira: **segurança jurídica e mútua confiança entre as pessoas e as instituições.**”*

Sobre o tema, TOMELIN primeiro resgata a lição de Luís Roberto Barroso, para quem “há situações de confronto de poderes e outras de mera ocupação de espaços vazios (...). Mas que uma moderna interpretação constitucional deve ser evolutiva e ultrapassar uma dimensão meramente positivista (...). Sempre em uma visão de justiça que busque a legitimação democrática, pois segundo o pós-positivismo o direito não cabe integralmente na norma jurídica (...). Sem o descuido de sempre buscar uma maior fundamentação para decisões que envolvam a atividade criativa do juiz (...). A solução estaria em evitar o populismo judicial

⁷⁰ Atualmente, Luiz Edson Fachin é ministro do Supremo Tribunal Federal e presidente do Tribunal Superior Eleitoral. O texto acima transcrito resultou de notas taquigráficas do evento, não revistas pelo palestrante. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>. Pág. 9-16. Acesso em: 10 de abril de 2022.

⁷¹ O artigo 170 da Constituição Federal estabelece os princípios norteadores da ordem econômica brasileira.

e alternar momentos de ativismo e de autocontenção (...) ⁷².” (2018; p. 42), para, mais adiante, reconhecer que a grande indagação envolvendo a figura de um Estado Jurislador reside em “como manter um mínimo de segurança e aceitabilidade da base social.” (2018; p.59)

Ao Direito e ao Estado competem oferecer segurança; não um mínimo de segurança. A estabilidade das relações, a confiança nas instituições e a segurança jurídica são imprescindíveis à organização social, daí porque nossa preocupação ao longo deste trabalho em entender a evolução do contrato ao longo do tempo, posicionando-o ao longo de diferentes momentos da história e, principalmente, no presente, a partir das importantes reformas representadas pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002.

Trata-se de instituto imprescindível à dinâmica social, mas cuja eficiência e operacionalidade estão intimamente ligados e na dependência de um ordenamento coeso e estável e não imprevisível.

5.3. O custo da imprevisibilidade.

O papel do direito em uma sociedade é tema de profundas e extensas análises, mas é inegável a sua função de organização social e pacificação das relações. Ao Direito compete fornecer soluções para as relações sociais, sedimentando posições ou direitos no tempo, como forma de pacificar a sociedade e seus agentes, que não podem ficar eternamente expostos a revisões ou novas interlocuções. E essa pacificação é feita a partir de valores conhecidos e compartilhados pela sociedade, aos quais o Direito confere força de lei, sendo passíveis de tutela pelo próprio Estado, por diferentes mecanismos.

No Brasil, os sistemas econômico e jurídico desenhados pela Constituição Federal traduzem a estrutura básica da sociedade, tal como definida pelo poder constituinte. A organização das atividades econômicas é fundada na descentralização dos meios de produção, respeitada a função social da propriedade, assim como a organização das relações sociais se dá a partir de um Estado social, que respeita direitos fundamentais, não podendo haver, a nosso ver, hierarquização entre direitos fundamentais.

⁷² Esses são trechos da obra de Luís Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, intitulada Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo”. Editora Saraiva, 6ª edição. 2017. (BARROSO, Apud TOMELIN)

Esta é a grande estrutura à qual se submetem todos os agentes privados, mas também o poder público, incluindo, naturalmente, o Poder Judiciário. As normas prescritivas de condutas ou obrigações são normas que visam estabelecer um limite ou um parâmetro comum a todos aqueles que precisam e têm capacidade para fazer escolhas e tomar decisões. A sociedade como um todo se orienta de forma similar, ou, ao menos, é suposta a se orientar em conformidade com o plano normativo, expondo-se, em caso de violação, às consequências e eventuais penalidades previstas.

Por esta razão se diz que a norma tem a dupla função de definir um determinado comportamento, quer estabelecendo uma proibição, quer exigindo uma determinada conduta, e de regulá-lo. Mas, em qualquer situação, a norma é por definição, genérica, daí surgindo espaços entre a previsão e os fatos, que exigem a atuação do intérprete. Daí que se fala em textura aberta do sistema. Mas, embora as normas contenham generalizações, tais generalizações não são ausentes de significado ou propósito⁷³. Mesmo genérica, a norma tem sua justificação, que, a nosso ver, constitui a limitação do aplicador do direito.

Mesmo que o caráter intrinsecamente genérico da norma imponha desafios e limitações, tanto para aqueles a quem é dirigida, quanto para aqueles responsáveis por aplicá-la, a norma geral e vinculativa atua como elemento de pacificação e convergência entre os vários agentes sociais, por gerar naqueles a que se destina um sentimento de confiança, previsibilidade e certeza⁷⁴, promotores do bem-estar social e imprescindíveis às relações contratuais.

Paradoxalmente, a generalização característica das normas, ao mesmo tempo que oferece o risco da injustiça no caso concreto, tão cara à sociedade, a justificar o poder do julgador a recorrer a princípios maiores e abstratos, tem o poder de promover a equalização dos vários grupos e agentes sociais, promovendo a segurança e a previsibilidade, desencorajando, como SCHAUER sugere, o olhar individualista e distinto, e o desejo de obter reconhecimento de um tratamento único e diferenciado (2002; p. 162-163), tão mais peculiar ao Estado Liberal do que ao Estado Social que hoje vivemos.

A generalidade da norma protege a comunidade, o sentido do coletivo, a despeito do risco que oferece por sua incapacidade de detectar e considerar as inúmeras particularidades que as dinâmicas social e econômica geram. O direito, de uma forma geral, busca a

⁷³ Ver, a respeito, SCHAUER, 2002. p. 53.

⁷⁴ SCHAUER fala em “*fairness*” e “*justice*”. Idem. p. 135.

sedimentação das relações, sendo avesso a instabilidades. Tanto assim que é comum a vários ordenamentos a proibição à retroatividade da lei, o princípio da coisa julgada e a própria existência de prazos prescricionais, que tornam definitivos efeitos produzidos por atos ou situações que, antes do advento da prescrição, seriam objeto de questionamento.

Por isso sacrificar a generalidade da norma importaria sacrificar a estabilidade das relações. Como RAWLS alerta, “um sistema justo deve gerar sua própria sustentação. Isso quer dizer que ele deve ser organizado de modo que suscite em seus membros o senso de justiça correspondente, **um desejo real de agir segundo as normas desse sistema por razões de justiça**. Assim, **a exigência de estabilidade e o critério de desestimular desejos que entrem em conflito com os princípios de justiça** impõem outras restrições às instituições. Estas devem não apenas ser justas, mas também estruturadas de modo a incentivar a virtude da justiça naqueles que delas fazem parte. Neste sentido, os princípios de justiça definem uma parte do ideal de pessoa que os arranjos sociais e econômicos devem respeitar.” (2016; p. 325)

O mesmo princípio se estende às relações contratuais; a mesma necessidade de estabilidade está presente. A confiança de que o outro respeitará o pacto é um fator motivador de conduta; todos querem a garantia de que o arranjo – quer no âmbito das relações sociais, quer no contexto das relações privadas – será honrado, com cada um fazendo a sua parte. RAWLS refere-se ao arranjo social que, de todo, é aplicável e extensível às relações contratuais:

“A disposição de cada pessoa para contribuir depende da contribuição das outras. Portanto, para manter a confiança pública no sistema que é superior do ponto de vista de todos, ou, no mínimo, melhor que a situação que se verificaria em sua ausência, deve-se estabelecer algum dispositivo para administrar multas e penalidades. É nisso que a mera existência de um soberano efetivo, ou mesmo a crença geral em sua eficácia, tem um papel fundamental.” (2016; p. 334-336)

Daí porque argumentamos que o Código Civil de 2002 tem que ser visto e interpretado como ferramenta dos comandos constitucionais, que a teoria geral do contrato continua hígida, e que os pactos privados devem ser respeitados como o que são – mecanismos de auto regramento, aptos a produzir efeitos sobre a esfera privada das pessoas, respeitados os princípios e direitos fundamentais.

O custo social da insegurança pode ser muito alto e danoso. Trabalhar com normas princípio, que conferem alguma flexibilidade ao intérprete para que possa julgar o caso concreto da forma mais justa possível, não deve ser entendido como um convite ou uma autorização para que um contrato celebrado segundo parâmetros legalmente aceitos seja revisto ou alterado de acordo com a visão do magistrado. Entre a Constituição Federal e cada contrato submetido à apreciação do judiciário, há um Código Civil e várias legislações especiais, muitas delas promotoras de um mais amplo poder de revisão contratual.

A interferência estatal em pactos privados deve se restringir aos casos em que a lei a considera necessária. Diferentemente de normas princípios que podem contemplar algum grau de amplitude e abstração, cláusulas contratuais são construídas para endereçar e regular situações muito específicas e criam um microssistema de direitos, obrigações e contraprestações entre as partes, segundo motivações sociais e econômicas que lhe são próprias. Daí decorre a grande dificuldade e o grande risco em permitir que o intérprete possa olhar para aquele microssistema como quem olha para uma lei fundamental que trabalha com abstrações, e sentir-se legitimado a interferir.

Os universos são distintos e o magistrado tem que ser sensível a esta distinção e ao fato de que há inúmeras variáveis que foram consideradas pelas partes para aceitar este ou aquele compromisso. Se os compromissos são lícitos e estabelecidos a partir de uma relação equilibrada, eventual interferência tem que se restringir aos aspectos e situações violadoras de lei, princípios ou direitos; não cabe ao magistrado decidir com base naquilo que acredita que as partes deveriam ter pactuado, segundo seus próprios princípios e convicções.

Um ambiente jurídico inseguro gera nos agentes econômicos uma reação de proteção, de necessidade de adoção de medidas preventivas que, na prática, leva à uma elevação do preço dos bens ou direitos transacionados, em detrimento ao bem-estar social. O custo de transação é muito maior. Os agentes econômicos não convivem com incertezas, ou, ao menos, não convivem de forma passiva; tenderão a precificar a insegurança, isto é, procurarão incluir no arranjo contratual elementos de proteção ou de minimização de possíveis perdas em caso de não confirmação dos termos contratados, em prejuízo do sistema como um todo.

Tanto quanto precisam confiar na estrutura básica da sociedade, nas instituições e nas regras conhecidas, os agentes precisam confiar no auto regulamento ao qual se vinculam e acreditar que o descumprimento terá consequências. Como POTHIER afirma, “nada é mais

contraditório à obrigação civil do que alguém poder deixar de cumpri-la impunemente”. (2002; p. 71)

GRAU pondera: “Reclama [o mercado] atuação estatal para garantir a fluência de suas relações, porém, ao mesmo tempo, exige que essa atuação seja mínima. Uma última nota ainda a respeito da racionalidade do Direito Moderno: ele é racional porque permite a instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos, sobretudo àqueles que se dão nos mercados. (.....) Sua consistência é função da segurança e certeza jurídicas que essa institucionalização instala, permitindo a previsibilidade de comportamentos e o cálculo econômico. (2018; p. 34).

Não se trata aqui de defender a sobrevivência do contrato desenhado sob conceitos de um Estado liberal; trata-se de defender a coerência de um sistema e do funcionamento de um instituto dentro daquele ambiente. As modificações exigidas pela evolução da sociedade não devem permitir a fratura interna do instituto; ajustam-se os aspectos que se fizerem mais conformes à nova configuração do ambiente social, sem, com isso, desfigurar o instituto.

As inúmeras transformações e avanços tecnológicos que ocorreram na sociedade durante o século XX e que continuam a ocorrer no século XXI reclamaram uma nova forma de operar o contrato, dando respaldo e criando proteções em áreas ou situações em que a manifestação da vontade não é, genuinamente livre, em que a paridade é meramente aparente, ou nas quais políticas públicas fazem-se presentes em favor da coletividade.

Mas não se pode supor que haverá melhoria se a interpretação de cada contrato estiver sujeita ao julgamento que o magistrado faz das disposições contratuais face aos direitos fundamentais tutelados constitucionalmente. O Código Civil e, em particular, a disciplina sobre o Direito das Obrigações, é um filtro obrigatório. A revisão do conteúdo contratual somente pode ocorrer quando for verdadeiramente necessária, sendo de todo indesejável e, a rigor, inadmissível, aceitar uma tal revisão por conveniência ou por ser, aos olhos do julgador, mais razoável ou preferível.

Não devemos esquecer que o primeiro contrato, em todos os povos, foi o de permuta, de troca de itens ou bens considerados equivalentes. Qualquer estrutura social exige um arranjo sobre princípios e conceitos que representam uma crença comum, que signifiquem para os seus destinatários um sistema de valores aceitável, capaz de gerar confiança e, com ela, condições de convivência no tempo. A certeza, ou tranquilidade, de que o outro fará a sua parte, constitui

elemento essencial à motivação de cada um em cumprir a sua. Isso se dá no âmbito das sociedades, tanto quanto na esfera das relações privadas. A confiança no conteúdo do regulamento instituído pelas próprias partes, a certeza de que o arranjo é exigível e que a quebra não será tolerada, é essencial à existência e efetividade dos contratos. A previsibilidade é componente do bem-estar.

Que a autonomia privada foi relativizada e que a constitucionalização do direito civil impôs novos contornos ao direito das obrigações não é novidade. O que se questiona são os excessos que possam ser praticados sob o vago argumento de respeito a princípios de elevada abstração; o excesso na descaracterização do contrato como instrumento vinculante; o excesso na intervenção sobre o conteúdo contratual; o excessivo elogio ao dirigismo estatal; a excessiva inércia face ao risco de arbitrariedade; a excessiva nulificação da vontade; a excessiva modificação ou ajustes aos preceitos do código civil, impingidos sob o sedutor argumento da justiça social; a excessiva vontade de substituir partes capazes, conscientes e livremente representadas, na tarefa de definir o conteúdo do contrato e os contornos das respectivas contraprestações; o excesso na relativização de um direito fundamental em benefício de outro considerado de maior relevância pelo aplicador do direito, em claro exercício de “moral seletiva”, como citado anteriormente.

O direito das obrigações é aquele previsto no Código Civil e ao Judiciário cabe impedir que um instrumento como o contrato sirva de ferramenta para a violação ou desrespeito a direitos e garantias fundamentais. O direito das obrigações continua existindo e é essencial que se preserve a sua estrutura, lógica e institutos.

CONCLUSÃO

Os últimos cem anos impuseram grandes transformações aos contratos, em especial por conta das mudanças pelas quais passaram a sociedade e a economia, não só no Brasil como no mundo todo. A sociedade, de uma forma geral, viu crescer a importância e a solidificação de vários direitos. À medida que a produção e as trocas econômicas se sofisticaram, também os direitos ganharam nova configuração, com o fortalecimento de direitos sociais, dos grupos, da coletividade, e não somente os direitos individuais, tão ressaltados por ocasião do liberalismo do final do século XIX.

Ao lado das conquistas sociais, a sociedade moderna fez crescer a regulação em torno dos vários segmentos e relações; sistema financeiro, relações de consumo, relações de trabalho, proteção à concorrência, proteção ao meio ambiente, delegação da exploração de serviços de infraestrutura a particulares, entre outros, são hoje objeto de larga regulamentação que, inevitavelmente, retira do indivíduo parte da sua liberdade de contratar.

E, para além da regulação, os contratos enfrentaram também a nova dinâmica proporcionada pela economia digitalizada e padronizada. Cresceram os contratos de adesão e os formulários; a massificação das relações é uma constante em nossas vidas, levando ao inevitável encolhimento da autonomia privada.

No Brasil esse cenário foi complementado pela promulgação, em 2002, do novo Código Civil, que inseriu como norma positivada os princípios da boa-fé, da função social do contrato e do equilíbrio econômico-financeiro, mais de uma década após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, dentre outras mudanças, promoveu a constitucionalização do direito civil, alcançando direitos fundamentais ao patamar de norma constitucional.

Todos esses acontecimentos contribuíram para uma relativização da autonomia privada. O contrato sob a égide do Código de 1916 não é o contrato sob a égide do Código de 2002. E essa mudança leva ao questionamento sobre a natureza da transformação sofrida.

O Código Civil de 2002, apesar de impregnado pela visão social do indivíduo, continua depositando enorme valor jurídico à vontade. E, se por um lado, o código positivou os princípios da boa-fé, da função social do contrato e do equilíbrio econômico-financeiro, não elegeu, de forma explícita, a verificação do equilíbrio das prestações como valor a ser tutelado. Não que

se imagina um código que autorize o desequilíbrio ou o abuso. Isto seria inconcebível. Mas importa questionar e entender o porquê da omissão.

Do ponto de vista de norma expressa, o desequilíbrio que o Código Civil de 2002 se propõe a corrigir é aquele surgido posteriormente à celebração do pacto e em virtude de alterações nas circunstâncias prevaletentes por ocasião do acordo. Qual é o significado desta opção? E a resposta, a nosso ver, está intimamente relacionada à força e ao valor jurídico atribuído à vontade. Não se trata de um retorno à escola liberal do fim do Século XIX, mas de um reconhecimento de que o direito das obrigações, o instituto dos contratos, não é incompatível com a sociedade igualitária pretendida pela Constituição de 1988 e que grande é o esforço a ser empreendido por intérpretes e magistrados na tarefa de distinguir até onde vai o risco assumido pela parte e a partir de que momento há uma iniquidade a reclamar a intervenção e a tutela do Estado.

O Código evoluiu para acomodar as inúmeras transformações e evoluções ocorridas ao longo do Século XX e para tentar criar, à semelhança do que tentou fazer o legislador de 1916, um ambiente que propicie a construção de relações e contratos igualitários, promotores de trocas e da criação de riquezas, condenando e intervindo em qualquer relação em que haja hipossuficiência, vícios ou presunção de manifestação de vontade, ou, ainda, externalidades negativas. Mas o contrato continua sujeitando-se e sendo regido pelo Direito das Obrigações, tal como previsto no Código Civil, ajustado e conformado ao plano constitucional de tutela dos direitos fundamentais.

Não reconhecer a sobrevivência do instituto, ou pretender entregar o Direito das Obrigações integralmente para a interpretação do magistrado, significa ir muito além do que a Constituição e o Código Civil previram, comprometendo a coerência do ordenamento. A Constituição, como vimos dizendo, não promoveu a derrogação das normas de direito civil; promoveu, como se sabe, a constitucionalização de direitos fundamentais, afetando de forma significativa o direito privado e os próprios contratos, mas não a ponto de eliminá-lo.

Subtrair a interpretação das relações contratuais aos dispositivos do Código Civil, relegando exclusivamente à Constituição e ao intérprete, causaria a deformação do instituto e, conseqüentemente, a imprevisibilidade sobre os resultados que devem ser esperados das relações contratuais. Entre a Constituição Federal e o contrato, não há somente um magistrado, há um Código Civil.

Invadir o conteúdo do contrato, negando sua subsunção aos dispositivos do Código Civil, significa anular sua essência; significa questionar as fontes de obrigações, sem que haja motivo ou respaldo legal para tanto. O contrato se constrói, se rege e se resolve de acordo com os dispositivos da legislação ordinária, estando esta, evidentemente, sujeita à norma fundamental, que lhe é superior. Iniquidades ou injustiças não devem ser toleradas; assim como devem ser tuteladas as situações em que a vontade é presumida ou manifestada em condições de vulnerabilidade ou, ainda, quando houver prejuízo à comunidade.

O direito brasileiro manteve as linhas divisórias entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual; as relações contratuais e seus efeitos, portanto, devem ser analisados e considerados sob a perspectiva da legislação que as rege e não sob a perspectiva da visão do julgador. Se não houver uma razoável segurança jurídica em torno das relações contratuais, o prejuízo para a ordem econômica como um todo será muito grande. A incerteza, a incapacidade de prever e calcular, levam os agentes econômicos a transferirem as incertezas para o custo dos produtos ou, até mesmo, a não realizarem determinando investimento ou contratação, dada a insegurança em torno dos possíveis cenários futuros.

O grande desafio que se coloca é conciliar, de um lado, a teoria contratual tal como enraizada no direito brasileiro e, de outro, permitir a consecução dos fins e objetivos sociais pretendidos pelo constituinte de 1988 e pelo legislador de 2002.

O recente viés social presente no ordenamento jurídico brasileiro, assim como o recurso a valores e conceitos abstratos, não são incompatíveis com a teoria voluntarista dos contratos. O viés social é alcançado, principalmente, por meio de regulações e políticas públicas que, por si só, representam um grande delimitador à autonomia contratual. Mas, a vontade privada, manifestada dentro dos limites desenhados pelas políticas e regulações públicas, deve ser como tal respeitada, não devendo haver um segundo grau de relativização ou delimitação, ainda que sob o nobre argumento da indivisibilidade do direito e da moral. Esse tende a ser um caminho de grande insegurança. Se isso ocorrer, assistiremos à desconstrução de uma valiosa ferramenta da ordem econômica, cuja importância tem atravessado os séculos. O contrato não é imutável, mas o instituto tem que ser preservado, com intervenções sempre legitimadas e fundamentadas.

De se recordar que, não obstante a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 estarem impregnados por conceitos e princípios consagradores da solidariedade e da coletividade, em patamares antes desconhecidos em nosso ordenamento, é importante realçar

que, mesmo em esferas consideradas ‘públicas’, o Estado brasileiro moderno tem testemunhado um crescente movimento em direção à contratualização, tal como ocorre, por exemplo, com o uso de cláusulas compromissórias e adoção de mediação e arbitragem, a introdução dos negócios jurídicos processuais, a cada vez mais utilizada colaboração premiada e celebração de acordos de leniência em matéria penal, acordos de cooperação em matéria ambiental, transação em matéria tributária, entre outros.

Não obstante o discurso sustentado em 2002 ‘contra’ o liberalismo que serviu de inspiração para o Código Civil de 1916, é preciso distinguir o que não resistiu à evolução e modernizações do Século XX, daquilo que ainda sobrevive do instituto. A conformação do contrato a uma sociedade mais voltada à solidariedade e igualdade, não o extingue; simplesmente exige que as situações fáticas, os agentes envolvidos e os efeitos produzidos sejam analisados de forma mais complexa e profunda do que era exigido no Estado liberal do fim do Século XIX.

O instituto resiste e mantém sua base estrutural, tendo se modernizado na medida do necessário para preservar sua funcionalidade e importância para a complexa, globalizada e altamente informatizada sociedade do Século XXI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU FILHO, Jose. O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1997.

ATIYAH, Patrick Selim. The Rise and Fall of Freedom of Contract. New York. United States of America. Oxford University Press. 1979. Reprinted 1985.

ATIYAH, Patrick Selim. SUMMERS, Robert S. Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions. New York. United States of America. Oxford University Press. 1987. Reprinted 1991.

ATIYAH, Patrick Selim. Essays on Contract, 1986 reprinted in 2001. New York. United States of America. Oxford University Press Inc. 2001.

ATIYAH, Patrick Selim. SMITH, Stephen A. Atiyah's Introduction to the Law of Contract. Sixth Edition. New York. United States of America. Oxford University Press. 2005.

AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª edição. Brasil. Malheiros Editores. 2019.

BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico e Concorrencial. 8ª Edição. São Paulo. Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2020.

BENSON, Peter. The Theory of Contract Law. New Essays. United Kingdom. Cambridge University Press. 2007.

BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas. São Paulo. Editora Servanda. 2008.

BEVILAQUA, Clovis. Direito das Obrigações. 5ª edição. Rio de Janeiro e São Paulo. Livraria Editora Freitas Bastos. 1940.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 28ª tiragem. Nova Ed. Rio de Janeiro. Elsevier Editora Ltda. 2004.

BRASIL, Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL, Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

BRASIL, Código Civil. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra. Edições Almedina, SA. 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 6ª edição. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra. Portugal. Edições Almedina. 2003.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *As Teorias Jurídicas Pós-Positivistas*. Belo Horizonte. Casa do Direito. Grupo Editorial Letramento. 2016.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito*. 4ª edição. Rio de Janeiro. Revista Forense. 1956.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª edição. Coimbra. Edições Almedina, SA. 2013.

COUTO e SILVA, Clóvis V. do, *A Obrigação como Processo*. 1ª edição. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª edição. 6ª tiragem. São Paulo. Editora WFM Martins Fontes, 2010; 2020.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 11ª edição. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo. Atlas. 1988.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 41 do Código Civil*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007.

FRIED, Charles. *Right and Wrong. Fourth Edition*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 1980.

GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Edited by Ronald K. L. Collins. Columbus. The Ohio State University Press. 1995.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 21ª edição. Revista e atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro. Editora Forense Ltda. 2016.

GORDLEY, James. *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust enrichment*. New York. United States of America. Oxford University Press Inc. 2007.

GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Reprinted. New York. United States of America. Oxford University Press Inc. 2011.

GORDLEY, James Russell e VON MEHREN, Arthur Taylor. *The Civil Law System*. Second Edition. United States of America. Little, Brown and Company (Inc.). 1977.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7a. edição. São Paulo. Malheiros Editores. 1996.

GRAU, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2018.

HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia. As Origens e Consequências do Novo Constitucionalismo*. 1ª edição. Londrina, PR. 2020.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão Contratual. Onerosidade Excessiva e Modificação Contratual Equitativa*. São Paulo. Almedina. 2020.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e Regras Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2019.

PANELLI, Luiz Felipe da Rocha Azevedo. *Teoria dos Princípios e Direito Constitucional*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2018.

PANZA, Luiz Osório Moraes. *Direito e historicidade – A evolução do pensamento jurídico através das escolas hermenêuticas*. Belo Horizonte. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 13, n. 51, p. 101-120. Jan/mar 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/145>. Acesso em: 20.03.2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obrigações e Contratos. Pareceres. De acordo com o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro. Editora Forense Ltda. 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *Normas constitucionais nas relações privadas*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoes-privadas/>. Acesso: 01 de março de 2022.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Livraria Editora Renovar Ltda. 2008.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Campinas. Servanda Editora e Distribuidora de Livros Ltda. 2001.

PUFENDORF, Samuel. *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*. Sixth printing. UK. Cambridge University Press. 2006.

RAWLS, John. *Justice as Fairness: A Restatement*. Belknap Press. 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4ª edição. São Paulo. Martins Fontes – Selo Martins. 2016.

REALE, Miguel. *Um artigo-chave do Código Civil*. 24 de junho de 2003. Disponível em: www.migalhas.com.br/depeso/2119/um-artigo-chave-do-codigo-civil. Acesso em 21 de abril de 2021.

REALE, Miguel. *Boa-fé no Código Civil*. 19 de agosto de 2003. Disponível em: www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm Acesso em 21 de abril de 2021.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato*. São Paulo. Almedina. 2017.

ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis. Fundação Boiteux. 2008.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra. Edições Almedina S.A. 2009.

SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. 29ª edição. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira. 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. São Paulo. Saraiva Educação. 1ª edição; 2ª tiragem. 2018.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. New York. Clarendon Law Series. Oxford University Press Inc. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª edição. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6ª. São Paulo. Ed. Saraiva. 2017.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do Direito Civil. Volume 3. Contratos*. 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense Ltda. 2021.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social. A boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea*. 4ª. Edição. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Negócio Jurídico*. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2021.

TOMELIN, Georghio. *O Estado Jurislador*. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2018. Belo Horizonte. Ed. Fórum. 2019.

TORRANO, Bruno. *Democracia e Respeito à Lei. Entre Positivismo Jurídico, Pós-positivismo e Pragmatismo*. 2ª edição. 2019.

VALVERDE TERRA, Aline de Miranda, KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Coordenadores. *Os Princípios Contratuais Aplicados. Boa-fé, Função Social e Equilíbrio Contratual à Luz da Jurisprudência*. Editora Foco. Indaiatuba. São Paulo. 2019.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Coleção Limongi 5. Direito Contratual Contemporâneo. A liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo. Editora Método. 2007/2008.